This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 200 069

Bd. Mar. 1941

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received June 27. 1921

~~FRANCE~~
GERMANY

SYMBOLAE

BETHMANNO HOLLWEGIO

OBLATAE

DIE XII SEPT. MDCCCLXVIII

DONVM DEDERVNT

IESELER BRVNSIVS HOMEYER MOMMSENVS RVDORFFIVS

BEROLINENSES

BEROLINI
APVD WEIDMANNOS
MDCCCLXVIII

Librairie
A. FRANCK,
F. VIEWEG, Propriétaire,
67, RUE RICHELIEU,
PARIS.

LIBRERIA
VALENTINER & MUES
MILANO
Corso Vittorio Emanuele
dirimpetto al n°5

SYMBOLAE

BETHMANNO HOLLWEGIO

OBLATAE

74

DIE XII SEPT. MDCCCLXVIII

DONVM DEDERVNT

BESELER BRVNSIVS HOMEYER MOMMSENVS RVDORFFIVS

BEROLINENSES

BEROLINI
APVD WEIDMANNOS
MDCCCLXVIII

6

GER
6104
BET

For TW
B5635

JUN 27 1921

AVGVSTO BETHMANNO HOLLWEGIO

DE PATRIA PVBLICE PRIVATIMQVE EGREGIE MERITO
REBVS ADMINISTRATIS SCHOLIS HABITIS LITTERIS ILLVSTRATIS
CVIVS ET NEGOTII ET OTII MONVMENTA EXTANT
IVRIS ROMANI GERMANICIQVE PRVDENTISSIMO
SCRIPTORI GRAVISSIMO MVNDISSIMO
DECORAM ELEGANTIAM SAVIGNIANAM FELICITER AEMVLATO
QVI ADVLESCENS STVDIA AVSPICATVS A GAIO RESVSCITATO
IVVENIS REI ROMANAE SAECVLI LABENTIS FORMA ARCANA PATEFACTA
SENEX IVVENILIBVS STVDIIS REPETITIS EMENDATIS AMPLIFICATIS
IVRIS PRVDENTIAE PARTES ALIAS EXCOLVIT ALIAS FVNDAVIT
ET EAM SEMPER TENVIT SCIENTIAM ESSE RERVM DIVINARVM HVMANARVMQVE
IPSAMQVE DIVINAM

STVDIORVM ACADEMICORVM ABSOLVTORVM
DIE SEMISAECVLARI
DIE XII SEPT. MDCCCLXVIII

IVRIS CONSVLTI PHILOLOGI BEROLINENSES

GEORGIVS BESELER
GEORGIVS BRVNS
GVSTAVVS HOMEYER
THEODORVS MOMMSEN
ADOLFVS RVDORFF

For Tx

DER NEUBRUCH

NACH DEM ÄLTEREN DEUTSCHEN RECHTE

VON

GEORG BESELER.

§. 1.

Einleitung.

Mit einem tiefen Blicke in die Natur der Germanen hat v. Bethmann-Hollweg bei ihnen neben der Wanderlust die Heimathsliebe und den entschiedenen Trieb, auf festen Besitz und Nutzung des Bodens die Existenz zu gründen hervorgehoben; er findet die praktische Einigung dieser beiden Richtungen in der ältesten Agrarverfassung, über welche die endlich zu Ehren gekommenen Zeugnisse des Caesar und Tacitus einen sicheren Aufschluſs geben[1]). Namentlich seit Hanssen's sachkundigen und umsichtig fortgeführten Forschungen hat die Ueberzeugung immer mehr Raum gewonnen, daſs ursprünglich ein jährlicher Wechsel in der Benutzung des an die einzelnen Hausväter zum Anbau vertheilten Ackerlandes statt gefunden und Privateigenthum an Grund und Boden bei den Germanen nicht gegolten hat.

Bestand nun aber diese Agrarverfassung jedenfalls noch zur Zeit des Tacitus in unbeschränkter Herrschaft, so läſst sich andererseits doch nicht verkennen, daſs schon die ältesten Aufzeichnungen der germanischen Volksrechte, und namentlich die Lex Salica von anderen Einrichtungen Zeugniſs ablegen und ein auch urkundlich nachweisbares Privateigenthum an Grundstücken, welches auf die Erben überging, hervortreten lassen. Es muſs also in einem Zeitraume von ungefähr 300 Jahren diese Rechtsentwickelung bei den Germanen vor sich gegangen sein; aber wie das geschehen ist, darüber fehlen uns alle Nachrichten, und wer es versucht, Licht in dies Dunkel zu bringen, der ist auf die historische Induction und auf die richtige Würdigung der später hervortretenden Einrichtungen.

[1]) M. A. von Bethmann-Hollweg, über die Germanen vor der Völkerwanderung S. 7.

und Verhältnisse angewiesen. Ich möchte nun den Uebergang aus dem wechselnden Nutzungsrecht in das Privateigenthum auf folgende drei Momente zurückführen, jedoch mit dem Vorbehalt, dafs diese Rechtsveränderung keine allgemeine und unbedingte war, und dafs es sich im Wesentlichen nur um die Entstehung des festen erblichen Sonderrechtes neben dem Gemeinderechte handelt.

I. Ohne Zweifel haben auf die germanischen Völkerschaften, welche sich, untermischt mit den Römern, auf deren Gebiet niederliefsen, die Einrichtungen der Letzteren auch in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden einen bedeutenden Einfluſs ausgeübt. Die Stellung der angesiedelten germanischen Soldtruppen (laeti) und die Landtheilungen zwischen den germanischen Eroberern und den Römern weisen darauf bestimmt hin. Allein jener Einfluſs war doch nach Zeit und Raum verschieden und auch in seiner rechtlichen Wirkung ein beschränkter; für die rein germanischen Völkerschaften, welche ihre Agrarverfassung in voller Selbständigkeit weiter bildeten, kann er überhaupt nicht in Anschlag gebracht werden[2]).

II. Das wechselnde Nutzungsrecht am Grundbesitz war bedingt durch die sich jährlich wiederholende Ackervertheilung. Diese konnte nun aber aus verschiedenen Gründen längere Zeit unterbrochen werden; die Neigung, den eigenen dauernden Besitz für die Ackerbestellung zu erwerben, muſste sich ferner mit der festen Ansiedelung nach dem Aufhören der groſsen Wanderzüge immer entschiedener steigern und geltend machen, und so kann es uns nicht überraschen, wenn Einzelne ihre Loostheile sich zu erhalten wissen, ja in ganzen Feldmarken und weiteren Gebieten das wechselnde Nutzungsrecht zum Sondereigen sich gestaltet und nur

[2]) Viel weiter geht freilich H. von Sybel, Entstehung des deutschen Königthums, indem er die Ansicht durchblicken läſst, dafs die Deutschen wie das Königthum so auch das Privateigenthum an Grund und Boden von den Römern entlehnt haben. Allein abgesehen von äuſseren Gründen, welche dieser Auffassung entgegen stehen, ist dabei übersehen, dafs die bezeichneten Einrichtungen, begriffsmäſsig aufgefaſst, in den Kreisen der antiken und der germanischen Welt durchaus verschieden sind. Der τύραννις, dem regnum steht das germanische Königthum, welches mit der Freiheit vereinbar ist, gegenüber; dem ausschlieſslichen und untheilbaren römischen dominium das germanische Grundeigenthum, durch das Recht der Corporation, der Familie und der Nachbarschaft vielfach beschränkt und bedingt.

Wald, Weide, Wasser und Wüstenei in der Gemeinschaft bleibt. So wie aber eine solche Rechtsveränderung sich nur durch das Herkommen bilden konnte und daher nicht gleichzeitig und allgemein durchgeführt wurde, so blieb auch da, wo es geschehen, doch nicht selten das Bewufstsein des älteren Verhältnisses wie eine Erinnerung an das, was eigentlich zu Recht bestehen sollte, zurück, und daher erklärt sich, dafs man, wenn die Ungleichheit des Privatbesitzes zu grofs geworden oder eine Grenzverwirrung in der Feldmark eingetreten war, wieder zum Mefsseil (Reep) griff und in den verschiedenen Schlägen von Neuem Loostheile für die Hofbesitzer festsetzte. Ein dänisches Gesetzbuch (v. J. 1240) enthält darüber sehr genaue Vorschriften[3]), aber auch aus einer baierischen Urkunde erkennen wir, dafs noch im dreizehnten Jahrhundert in Deutschland die Erinnerung an die alterthümlichen Rechtszustände nicht verschwunden war[4]).

[3]) Jüt. Lov. B. I. Cap. 45. 49. 50. 55.

[4]) M. B. XI. p. 32. Cum in villa Yserhoven sicut et alia predia in tota comitia de Pogen per Albertum comitem et suos inimicos ad hoc devenisset, quod agros et prata eiusdem predii, quia diu sine colonis extiterant, nullus sciret, et milites ac potentiores agros ville propinquos solummodo coluissent, remotioribus agris in vepres et spineta redactis; pace reddita ex morte comitis supradicti, rustici ecclesie et milites infeodali pro quantitate et limitibus contenderent, Ego itaque Hermannus abbas (sc. coenobii Nideraltacensis) per querimonias coram domino Ottone duce et suasiones et diversas personas militares ad hoc induxi, quod ad sanctorum reliquias iuraverunt, se velle puram dicere veritatem, quantum cuilibet ipsorum iuste possidere deberet, quod et factum est, ut inferius continetur. Compromissum itaque fuit, ut maximus campus per funiculos mensuraretur, ille videlicet contra Auhalmingen, et cuilibet hube XII iugera deputarentur, et quodlibet iugerum haberet XII pivange, atque sic primo infeodatis ipsorum partes distribuerentur, residuum vero totum ecclesie remaneret. Item in quot partes maior campus divisus esset, in totidem partes secundus campus et tercius divideretur, licet cuilibet hube in eisdem posterioribus campis non possent cedere XII iugera ut in primo. Inchoata est igitur ista particio camporum per Alwinum Monachum scribentem, et fratrem Perhtoldum prepositum et Rudolfum officialem cum funiculis mensurantes, Hermanno abbate et populo comitante. A. dni MCCXLVII. — Dafs zunächst nur für die Obereigenthümer (das Kloster und die Ritterschaft) Theile gemacht werden, kann nicht auffallen; unter Pivang oder Bifang ist hier aber nicht das Rottland zu verstehen (s. unten Note 8), sondern ein durch zwei Furchen eingefafstes Beet des Ackerlandes; s. Schmeller, bayer. Wörterbuch I. S. 540.

III. Bei der geringen Bevölkerung und dem mangelhaften Anbau Deutschlands war Ueberfluſs an bestellbaren Feldern vorhanden, und jedenfalls boten Wälder und Sümpfe Gelegenheit zu neuen Ansiedelungen[5]), mochten diese nun innerhalb der Feldmark einer Genossenschaft oder in den nicht in Besitz genommenen Bezirken unternommen werden. Auf diese Weise konnte durch Neubruch oder Rodung ein Besitzverhältniſs sich bilden, welches den Schranken der Feldgemeinschaft nicht unterworfen war und für den fleiſsigen Anbauer das Recht des Sondereigens begründete. Auch läſst sich geschichtlich nachweisen, daſs dieses Verfahren von uralter Zeit her von den Germanen geübt worden ist und zwar in einem Umfange, welcher geeignet war, auf die ganze Agrarverfassung einen nachhaltigen Einfluſs auszuüben. Das ist auch nicht übersehen worden, und mehrere Schriftsteller haben schätzenswerthe Beiträge zur Kenntniſs dieser Verhältnisse geliefert[6]). Aber sie sind doch noch nicht in ihrem geschichtlichen Zusammenhange und in ihrer rechtlichen Bedeutung gehörig gewürdigt worden, so daſs ein Beitrag zur genaueren Untersuchung dieses Gegenstandes nicht ohne Werth für die deutsche Rechtsgeschichte sein wird.

§. 2.

Eigenthumserwerb durch Neubruch.

Unter Neubruch oder Rodung verstehe ich jeden Anbau früher nicht cultivirter oder aus der Cultur gekommener Ländereien, sei es durch Waldlichtung, Austrocknung oder auf andere Weise, zur Ackerbestellung, zum Wiesenbau oder zu anderen wirthschaftlichen Zwecken. Wie häufig ein solcher Neubau in älterer Zeit vorgekommen ist, ergiebt sich schon aus den zahlreichen Bezeichnungen, welche für die Arbeit selbst und

[5]) Tacitus, Germ. cap. 5. Terra — — aut silvis horrida aut paludibus foeda. — cap. 26. — et superest ager.

[6]) Vgl. Anton, Geschichte der Landwirthschaft I. S. 369—374. — J. Grimm, Rechtsalterthümer S. 524—525 (weiter ausgeführt bei Thudichum, Gau- und Markverfassung S. 174 ff.). — Landau, die Territorien S. 153—163. — v. Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung S. 157—160. — Geschichte der Markenverfassung S. 163—175. — Geschichte der Fronhöfe III. S. 211. — Geschichte der Dorfverfassung I. S. 299—304.

das durch sie Gewonnene gebraucht wurden; unter diesen sind aber diejenigen besonders zu beachten, welche auf die rechtliche Bedeutung einer solchen Anlage hinweisen, indem sie die Bemächtigung einer früher herrenlosen Sache ausdrücken[7]). Dies gilt namentlich von dem althochdeutschen Bifang (von bifahan), das eingefangene Land, wie in verschiedenen Gegenden der Neubruch gleichmäfsig bezeichnet wird[8]).

Allein die bloſse Bemächtigung genügte nicht, um sich den Neubruch anzueignen und den Bifang zum Sondereigen zu machen; es bedurfte dazu einer feierlichen Besitzergreifung, welche wie die der Sala folgende Geweri wirkte und auch in denselben Formen sich vollzog. In einer Urkunde von St. Emmeran tradirt der Burggraf Papo eine Waldhufe, welche er in feierlichem Umzuge mit seinen Gefolgen für seinen Haupthof sich angeeignet hatte[9]); in einer niederrheinischen Urkunde v. J. 800 wird das Einfangen (comprehendere) von dem bloſsen Roden (stirpare) unterschieden[10]). Die wichtigsten Aufschlüsse über die hier in Betracht kommenden Verhältnisse bietet aber die Erzählung, welche der

[7]) Vgl. v. Maurer, Geschichte der Markenverfassung S. 163.

[8]) Urk. Karl d. Gr. v. J. 811 (M. B. XXVIII. 1. p. 7 und öfterer) — de hoc propriso quod in lingua eorum dicitur bivanc. — Urk. Karl des Gr. v. J. 813 (Mabillon de re dipl. p. 512. — Origg. Guelf. IV. p. 411). — de hoc propriso superius nominato, quod in lingua eorum bivanc dicitur. cf. Dronke, traditt. Fuld. No. 99. v. J 791. — extra illum septum id est bifang. — Codex Lauresh. I. No. 261. — unum bifangum, quem pater meus proprisit in silva, quae ad Hantschuhisheimermarca aspicere videtur. — Diese Bedeutung von bifang ist also verschieden von der oben §. 4 angegebenen.

[9]) Pez, thesaurus I. 3. col. 103. — — Et non post longum tempus iterum idem Papo comes — tradidit — — in sylva communi, Nordwald nuncupata, tale praedium silvaticum, quale ipse cum suis sequacibus contra suam proprietatem Steveninga prospiciens circumeundo sibi in proprium ad eundem locum St. captitaverat, cum uno tantummodo Vandalico colono institutum. — v. Maurer, Einleitung S. 159 setzt die Urkunde, welche keine Zeitangabe enthält, in das Jahr 955. — Ueber den feierlichen circuitus s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 90.

[10]) Lacomblet, Urkundenbuch I. No. 19. — tradidi comprehensionem illam, quam ego in propria hereditate comprehendi a rivulo — B. usque ad rivulum — cum omni integritate usque in ripam Rure, excepta illa particula, quam F. in proximo angulo inter R. et W. olim stirpare inchoavit. — Der Schluſs zeigt, daſs in propria hereditate „zum Sondereigen" bedeutet. Vgl. daselbst No. 17. ai. 800. — comprehensionem illam, quam H. in nostro nomine comprehendit simul cum eo et consignavit.

Mönch Conrad von Scheyern (er war v. 1205—1241 Bibliothekar daselbst) in der Chronik seines Klosters von einem Neubruch überliefert hat, indem er die dabei üblichen volksthümlichen Gebräuche genau angiebt[11]). Der Graf Hermann von Kastel (Chastelin) zog mit Hörigen und mit Bauern aus der Zahl der freien Hofbesitzer[12]) in einen herrenlosen Wald (libera, communis silva) bei Aibling und ergriff von demselben Besitz (eam apprehendit) für sich und seine Gemahlin, ohne alle Widersprache und eignete sich denselben an in der hergebrachten Weise durch Anhauen der Bäume, Feueranlegung und Häuserbau, so wie durch die bei dem Eigenthumserwerb hergebrachte dreitägige Einsitzung[13]).

Nach dieser Erörterung ist es nicht schwer, eine Stelle des aufgezeichneten altbaierischen Volksrechtes[14]) zu erklären, welche von der Beweisführung in dem Eigenthumsprocefs über Grundstücke handelt, und dabei noch ganz in der alten Rechtsanschauung das Hauptgewicht auf den Bifang und das höhere Alter des Anbaues und Besitzes legt[15]). Der Beklagte schwört mit 6 Eideshelfern: Ego tua opera priora non invasi contra legem, nec cum 6 solidis componere debeo (cf. cap. 1), nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus. Dagegen kann der Kläger den Zeugenbeweis antreten: Ego habeo testes, qui hoc sciunt, quod laboris de isto campo semper ego tuli, nemine contradicente exar-

[11]) M. B. X. p. 392. — Boehmer, fontes III. p. 499 und in der verbesserten Ausgabe von Jaffé bei Pertz, monumenta XVII. p. 615.

[12]) — cum servis et rusticis suis de legitimis curtiferis. Ich fasse die rustici de legitimis curtiferis im Gegensatze zu den Hörigen auf, und verstehe unter ihnen freie, wenn auch von Grafen abhängige Bauern. Das Wort curtifer ist freilich ungebräuchlich und findet sich auch nicht bei Henschel; in der gegebenen Auslegung bin ich durch Moriz Haupt befestigt worden, der curtifer im Sinne von curtis, Hof für unmöglich hält.

[13]) — — et sibi eam suaeque uxori — — absque omni contradictione apprehendit — sicut mos erat et est, communem silvam de legitimis curtiferis apprehendere — et in potestatem sui juris tam populari more, arborum scilicet incisione, ignium ustione domorumque edificatione, quam trium dierum in eodem loco, quod hereditario jure hereditatem retinere mos est, sessione — — vindicavit. Ueber die sessio triduana s. Beseler, Lehre von den Erbvertr. I. S. 32.

[14]) L. Baiuv. tit. XVI. cap. 2.

[15]) Die Stelle läfst sich also nicht mit Delbrück, die dingliche Klage S. 46 für den Vorzug des älteren Besitzes schlechthin anführen.

tavi, mundavi, possedi usque hodie, et pater meus reliquit mihi in possessione sua. Der Zeuge aber, der ein Feldmarksgenosse (commarcanus) sein mufs, schwört: Quia ego hoc meis auribus audivi et oculis meis vidi, quod istius hominis priora opera fuerunt in isto agro, quam tua et labores fructuum ille tulit. — Die Erwähnung des väterlichen Erbes ist offenbar nur suppletorisch für den Fall, dafs nicht der erste Anbauer klagt, hinzugefügt.

Diesen Nachrichten über das altdeutsche Recht tritt nun in merkwürdiger Weise ergänzend und erläuternd eine schwedische Rechtsquelle zur Seite. Die Stelle findet sich: Uplands-Lagen, Withaerbo-Balk cap. 20, §. 2 und verfügt im Wesentlichen Folgendes[16]): Zieht jemand ab, der in der Allmende gerodet hat und kommt dann ein Anderer, welcher den Bau aufnimmt, eine Umhegung anlegt, Bäume zur Grenzbezeichnung anschält[17]) und Wohnung nimmt, so ist dieser im Rechte und der Erste verliert den Preis seiner Arbeit.

§. 3.

Das Recht zum Neubruch.

Dafs nur Freie, welche über ihre Arbeit verfügen und freies Eigen erwerben konnten, ein Recht auf die Rodung hatten, darf als unzweifelhaft angenommen werden; dafs ferner in späterer Zeit, als schon das Privateigenthum begründet war, jeder seinen eigenen Boden beliebig bewirthschaften und andere davon abhalten konnte, bedarf keines Nachweises[18]), wenn auch in letzterer Hinsicht in Beziehung auf die Erlaubnifs zur Rodung Rechtsverhältnisse entstehen konnten, welche noch eine besondere Erörterung nöthig machen; s. unten §. 5. Die eigentliche Stätte für neue Culturen war aber das in der Feldmark für die wirthschaftlichen

[16]) Schlyter, corp. jur. Sueo-Goth. ant. III. p. 245. Vgl. auch Herrig, D. de rebus agrariis suecicis et danicis (Berol. 1868) p. 25. 26. Roden heifst: rythia ok ryma.

[17]) barka ok blika — nach Schlyters Erklärung im Glossar: notas arboribus decorticando incidere.

[18]) S. z. B.: Capit. de villis cap. 36. Ut silvae et forestes nostrae bene sint custoditae; et ubi locus fuerit ad stirpandum, stirpare faciant.

Bedürfnisse der Eingesessenen nicht in Anspruch genommene Land, so wie jedes andere, welches auch nicht in den Gemeindebesitz übergegangen war und also herrenlos dalag. Diese beiden Fälle bieten aber eine jede für sich noch Veranlassung zu einer genaueren Untersuchung[19]).

I. Der Neubruch in der Feldmark.

Bereits in der Lex Salica findet sich eine Stelle, welche hierher gezogen werden muſs; sie steht in dem Titel De migrantibus[20]). Wenn dem Zugezogenen durch den Einspruch eines Gemeindegenossen die Niederlassung verwehrt ist, und er hat nicht freiwillig abziehen wollen, sondern der Graf hat ihn austreiben müssen, so soll er zur Strafe seines rechtswidrigen Verhaltens auſser der Buſse von 30 Schillingen verlieren — quod ibi laboravit. Mit Recht ist dies auf den Verlust der in der Feldmark von ihm begonnenen Rodung bezogen worden[21]). Allerdings bedeutet labor schlechthin die Ackerbestellung; allein in diesem Sinne kann das quod ibi laboravit, hier nicht verstanden werden; denn es ist weder anzunehmen, daſs der Angezogene im Dorf schon Privatgrundstücke besessen hat, noch daſs ihm vor seiner rechtmäſsigen Ansiedelung ein Antheil an dem zur Benutzung durch die Gemeindeglieder verwendeten Gemeindeland eingeräumt worden ist. Auch kommt labor, laborare, elaboratum gerade im technischen Sinne zur Bezeichnung der auf die Rodung verwendeten Arbeit vor[22]). Es darf also angenommen werden, daſs der Gemeindeberechtigte in der Feldmark, soweit er nicht die gemeinschaftliche Wirthschaft beeinträchtigte, frei roden durfte; dafür sprechen

[19]) Auf beide Fälle scheint die Entstehung des Ornum im Jüt. Lov Cap. 46 zurückzuführen zu sein; s. Hanssen im N. Staatsb. Magazin III. S. 125. VI. S. 47 ff. — Otto Kier in den Jahrbüchern für die Landeskunde der Herzogth. Schleswig-Holstein und Lauenburg III. 3. S. 336. — Bei den Angelsachsen habe ich keine sicheren Spuren ähnlicher Einrichtungen gefunden.

[20]) L. Sal. (Merkel) tit. XLV.

[21]) Waitz, deutsche Verfassungsgesch. I. (2. Aufl.) S. 126. Note 1. — R. Sohm, der Proceſs der Lex Sal. S. 14. Note 1.

[22]) S. unten Note 25 und L. Baiuv. tit. XVI. cap. 2. — Caroli M. praeceptum pro Hispanis (Baluz. I. 500). — Dicunt etiam, quod aliquas villas, quas ipsi laboraverunt, laboratas illis eis abstractas habeatis. — cf. Ludovici Pii praeceptum ai. 815. cap. 3. (l. c. 551). — in portione sua, quam adprisionem vocant.

auch zahlreiche andere Zeugnisse, obgleich in späterer Zeit, als der Anbau sich ausdehnte und der Werth der Grundstücke stieg, in den Markordnungen dieses Recht beschränkt oder ganz ausgeschlossen ward[23]). Eine wenn auch bedingte Anerkennung dieser Zustände findet sich jedoch noch in einer holsteinischen Dorfschaftsordnung v. J. 1712[24]).

§. 4.

Das Recht zum Neubruch (Forts.).

II. Der Neubruch in Wüsteneien.

Ich verstehe unter Wüsteneien alles herrenlose Land, welches nicht im Sondereigen oder im Gemeindebesitz sich befand, zumal die grofsen Waldungen und Einöden, welche in älterer Zeit einen beträchtlichen Theil des Gebietes ausmachten; aber auch solche Ländereien, welche früher in Cultur gewesen aber wieder verlassen waren. Hier bot sich den neuen Anbauern ein weites Feld für ihre wirthschaftliche Thätigkeit dar; es tritt jedoch ein Bedenken entgegen, ob sie auch befugt waren, eine solche frei zu entwickeln. Für die fränkische Monarchie nämlich ist die Ansicht aufgestellt worden, dafs es ein Recht des Königs gewesen sei, ausschliefslich über die Wüsteneien zu verfügen, ja dafs sie in seinem Eigenthume sich befunden haben[25]). Diese Ansicht bedarf einer genaueren Prüfung, wobei sich ergiebt, dafs manchen dafür angeführten Gründen kein Gewicht beizulegen ist. Zu den hier nicht in Betracht zu ziehenden Momenten rechne ich die allgemeinen Befugnisse der königlichen Herrschaft, welche nicht als Ausfluſs des Eigenthums angesehen werden können, wie die politischen Einrichtungen in gefährdeten Grenzbezirken und neu eroberten Ländern; desgleichen die als

[23]) Vgl. v. Maurer, Einleitung S. 158. 183. — Thudichum, Gau- und Markverfassung S. 175 ff.

[24]) Bauernbrief für die Dorfschaft Mühbrok §. 5 (bei Hanssen, das Amt Bordesholm S. 338). „Das Raden soll einem Jeden soweit auf dem Felde vergönnet sein, als der Pflug vor Alters erweislich gegangen, in der Hölzung aber keineswegs, es sei dann, dafs solches auf Ansuchen von der Obrigkeit consentiret, und ein oder andern angewiesen wurde.

[25]) Vgl. Waitz, Verfassungsgesch. II. S. 555 und besonders Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 69—73, welcher die Frage eingehend untersucht hat.

gesetzliche Strafe anerkannte Vermögensconfiscation. Auch das königliche Recht des Einforstens beweist noch nicht ein Eigenthum an den Wüsteneien, da es eben einer solchen besonderen Anordnung bedurfte, um ein ausschliefsliches Jagdrecht herzustellen, während umgekehrt, wenn diese getroffen war, auch die Regel sich erklärt, dafs für Anbau und Neubruch in den Forsten eine ausdrückliche Erlaubnifs der Bannberechtigten erforderlich sei[26]). Ebenso wenig Gewicht ist auf einzelne, unter Umständen freilich sehr erwünschte königliche Schutzbriefe zu legen[27]), und selbst die dem Könige zustehende Befugnifs, Präcepte zur Niederlassung in Gemeinden zu ertheilen[28]), ist nicht entscheidend, da das Recht der Rodung in der Feldmark nur eine Folge der erlangten Niederlassung war, und auf das ausschliefsliche Recht des Königs an den Wüsteneien keinen Schlufs gestattet.

Ungeachtet dieser Bedenken halte ich aber doch dafür, dafs man bei unbefangener Prüfung der Quellen ein Recht der fränkischen Könige an herrenlosen Ländereien anerkennen mufs, — freilich kein fiskalisches Eigenthum, welches sich nicht nachweisen läfst, aber doch ein ausschliefsliches Recht der Verfügung, wie es etwa nach dem Bergregal der Bergherr an den nicht verliehenen Mineralien hat. Ich glaube auch die Quelle dieses Rechts, welches kein ursprüngliches Attribut des germanischen Königthumes war, nachweisen zu können und zwar in einer römischen Constitution über den Neubau verlassener Aecker, welche in den Theodosianischen Codex aufgenommen war[29]). Es würde aus der-

[26]) Wenn daher Childerich II. dem Kloster Sens schenkt — quicquid ipse dominus Gundelbertus ex permissu nostro in Vosago laboravit (Pardessus, dipl. II. p. 119. ai. 661), so erklärt sich dies aus Gregor. Turon. hist. Franc. X. cap. 10. Vosagus — regalis silva. Vgl. unten Note 43.

[27]) Wenn Fremdlinge, wie z. B. unter Karl dem Gr. flüchtige Gothen in Septimanien roden wollten, so war allerdings eine besondere königliche Erlaubnifs erforderlich; s. die praecepta pro Hispanis bei Baluz. I. 500. 549.

[28]) L. Sal. tit. XIV. cap. 4. Vgl. Waitz, das alte Recht der Salischen Franken S. 210. Das dem Könige hier beigelegte Recht erscheint freilich mit der germanischen Rechtsanschauung kaum vereinbar; aber der Zusammenhang der Stelle verbietet, das Präcept auf einen blofsen Schutzbrief zu beziehen.

[29]) c. 8. C. de omni agro deserto (11, 58). Qui agros domino cessante desertos, vel longe positos vel in finitimis, ad privatum pariter publicumque compendium ex-

selben ein fiskalisches Recht auf Wüsteneien allerdings nur für das romanische Gallien haben hergeleitet werden können; allein es bleibt in der That auch fraglich, ob und in wie weit ein solches in andern Theilen der Monarchie gegolten hat. Eine darüber angestellte Untersuchung hat zu folgenden Ergebnissen geführt.

Unbedingt anerkannt ist das fiskalische Recht in Allemannien. Der Abt von Maria-Einsiedeln (de cella S. Meginhardi) klagte im Jahre 1114 vor dem Hofgerichte des Kaisers Heinrich V. gegen die Grafen von Lenzburg und die Gemeindegenossen von Schwyz (cives de villa Suites), weil sie sich gewisser Besitzungen des Klosters bemächtigt hätten, auf welche sie Ansprüche behaupteten, da ihre unbebauten Aecker an die Wüstenei, in welcher das Gotteshaus erbaut worden, grenzten (eo quod eorum inarvales agri heremo, in qua constructa est, videntur esse allimitantes). Ein solcher besonderer Anspruch auf Wüsteneien von Seiten der benachbarten Grundbesitzer tritt auch sonst wohl hervor[30]) und erklärt sich aus der oft wohl mangelhaften Abgrenzung solcher Bezirke; allein in dem vorliegenden Fall ward keine Rücksicht darauf genommen, dem Kloster vielmehr das streitige Land zugesprochen, und zwar nach dem allemannischen Recht (sicut docet lex Allemannorum), worunter das schwäbische Stammesrecht und nicht das aufgezeichnete Volksrecht zu verstehen ist, welches die entsprechende Vorschrift nicht enthält. Im Hofgericht ward nämlich unter Zustimmung der anwesenden Rechtsverständigen entschieden, dafs eine solche Wüstenei der kaiserlichen Gewalt angehöre, welche sie nach Belieben einem jeden übertragen könne[31]). Später ward

colere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit, facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emeritum, omnis possessionis et dominii carebit jure qui siluit. Die Constitution (v. J. 386—393) ist in dem Bonner corpus jur. antej. c. 502 als L. 12. C. Th. V. 15 abgedruckt.

[30]) Als z. B. Graf Papo im Nordwalde rodete, ergriff er Besitz, auf sein Eigengut Steveningen hinblickend, dem er den Neubruch hinzufügte; s. oben Note 9.

[31]) Herrgott, geneal. Habsburg. II. 1. no. 195. — Nos itaque aequo iudicio optimatum ac fidelium nostrorum, imo consilio iuridicorum, qui omnes concordi censuere iudicio, eam vastitatem cuilibet inviae heremi nostrae imperiali cedere potestati, videlicet eam, cuilibet placuerit, redigendi praecipueque ad servitium dei.

dann dieser Rechtsspruch unter Konrad III. aufrecht erhalten, und zwar mit besonderer Betonung, dafs es also allemannisches Recht sei; die erste Entscheidung sei getroffen: Alemannorum, quibus eiusdem terrae jurisdictio pertinet, iudicio, und die Bestätigung erfolgt: Suevorum qui et Alemanni dicuntur, lege ac iudicio[33]).

Bei den übrigen deutschen Stämmen verhielt es sich aber anders. Dafs bei den Baiern das Recht der freien Rodung in Wüsteneien gegolten hat, ist schon oben gezeigt worden, und wenn für die entgegengesetzte Ansicht angeführt ist, dafs in Baiern der Herzog wie im Frankenreich der König die Erlaubnifs zum Neubruch ertheilt habe[33]), so ist dies nicht richtig. Denn die in der angeführten Urkunde gegebene Erlaubnifs läfst sich auf bestimmte Bezirke beziehen, welche dem Herzoge gehörten und also nicht herrenlos waren. Ebenso wenig ist Gewicht darauf zu legen, dafs Karl der Grofse seinen Getreuen es gestattet hat, sich in Pannonien anzusiedeln, und Ludwig der Deutsche später dem Kloster Altaich die in Folge dieser Erlaubnifs erworbenen Besitzungen bestätigte[34]). Denn hier handelte es sich um die Ausnahmezustände in der neu erworbenen Ostmark; dagegen wird in einem späteren Falle, wo der Bischof von Regensburg von Kaiser Otto III. einen Ort behufs Anlegung von Befestigungen zum Schutze einer Colonie gegen die Ungarn erhält, nichts davon erwähnt, dafs die Colonisation mit kaiserlicher Genehmigung geschehen sei[35]).

Ebenso wenig läfst sich für andere Gegenden der Nachweis eines fiskalischen Rechts der Krone an Wüsteneien erbringen. Namentlich gilt dies von den grofsen zum Neubruch einladenden Waldungen an der Rhön und dem Vogelsberg, welche als die Buchonia bezeichnet werden. Auch hier hat Roth freilich das königliche Recht anerkannt gefunden, indem

[33]) l. c. no. 223 (ai. 1144).

[33]) v. Maurer, Einleitung S. 184 unter Berufung auf Herzog Thassilo's Stiftungsurkunde für Kremsmünster v. J. 777 (M. B. XXVIII. 2. S. 196—199).

[34]) Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 70 nach der Bestätigungsurkunde v. J. 863 (M. B. XI. S. 120—122).

[35]) M. B. XXVIII. 1. p. 227 (ai. 979) — in terra quondam Avarorum — locum quendam — St. — quem per multa annorum curricula desertum ipse de Bawaria missis colonis incoli fecit. Qui ut tutiores ibi ab infestatione Ungrorum manere possint, petiit — locum quendam — castellum ad construendum etc.

Fulda in einer Einöde und doch auf Fiskalgut, welches Karlmann an die Mönche abgetreten habe, erbaut sei[36]). Allein wenn der H. Bonifacius auch in seinem Berichte an den Papst von einem locus silvaticus in eremo vastae solitudinis spricht, wo das Kloster errichtet worden[37]); so ergiebt sich doch aus der Erzählung in dem Leben des Abtes Sturm, daſs Karlmann dort bereits Eigengut hatte und ebenso andere Personen[38]). Andere Zeugnisse beweisen dagegen das Recht des freien Neubruchs in diesen Gegenden. Ich hebe zu diesem Behuf zwei Urkunden hervor, welche beide von Karl dem Groſsen fast gleichzeitig ausgestellt sind, und in einem gewissen Zusammenhange unter einander stehen, wenigstens an einigen Stellen wörtlich übereinstimmen. Die eine, vom Jahre 811, ist für den Grafen Bennit ausgestellt[39]). Dessen Vater, der Sachse Amalung, hatte dem Könige die Treue bewahrend seine Heimath verlassen und sich nach Wolfsanger bei Kassel (ad villam — Vulvisanger, quam tunc temporis Franci et Saxones inhabitare videbantur) begeben. Dann weiter ziehend nach VValdisbecchi, zwischen Weser und Fulda, gewann er durch Rodung (proprisit sibi) einen Theil des Buchonischen Waldes, den er sterbend seinem Sohne Bennit hinterlieſs. Dieser hat nun um ein Confirmationspräcept seiner Besitzungen gebeten, welches der Kaiser ihm ertheilt: Praecipientes ergo iubemus, ut nullus fidelium nostrorum — — praefatum Bennit vel heredes illius de hoc propriso quod in lingua eorum dicitur bivanc, expoliare aut inquietare nullo quoque tempore praesumatis, sed liceat sicut diximus eis per hoc nostrum praeceptum ipsam terram, quantumcumque pater illius proprisit et ei in hereditate dimisit, omni tempore tenere atque possidere.

Die andere Urkunde, vom Jahre 813 betrifft den Asig, auch Adalrich genannt[40]). Auch sein Vater, der Sachse Hiddi, hatte durch Aus-

[36]) Roth a. a. O. S. 70.

[37]) Miraeus, opp. dipl. I. p. 640 (al. 750).

[38]) Vita Sturmii cap. 12 bei Pertz S. S. II. p. 370. — Locus quidem, sagt Karlmann, quem petis et qui — ut adseris — Eihloha nuncupatur, quidquid in hac die proprium ibi videor habere cet.

[39]) M. B. XXVIII. 1. p. 7 und öfter. Sie ist in Fulda zum Gegenstande einer Fälschung gemacht worden, s. Origg. Guelf. IV. p. 549.

[40]) Abgedruckt bei Mabillon, de re dipl. p. 512 und besser Origg. Guelf. IV. p. 411.

wanderung die Treue gegen den König bewahrt und war nach Wolfsanger gekommen. Von da fortgezogen war er nach Havvucabrunno, gleichfalls zwischen Weser und Fulda, gelangt und hatte sich dort einen Theil des Buchonischen Waldes angeeignet (occupavit), welchen er bei seinem Tode dem Asig hinterliefs. Später aber kamen Königsboten in die Gegend und zogen den benannten Wald als zum Erbe des Herzogs Gerhao gehörend, zum Besten des königlichen Fiscus ein.

Sed postea venientes Missi nostri ad eadem loca, predictam silvam ad opus nostrum conquisiverunt, ad hereditatem scilicet Gerhao quondam ducis.

Aber der Kaiser, in Erwägung der treuen Dienste des Asig und seines Vaters, hatte jenem an dem benannten Orte — ubi pater ejus Hiddi illud proprium (l. proprisum), quod in eorum lingua bivanc vocatur, fecisse cognoscitur — einen Bezirk von beträchtlichem Umfange zum erblichen Besitze eingeräumt. Darüber ist nun ein Confirmationspräcept erbeten und dieses wird genau in der Fassung des für Bennit gegebenen ausgestellt.

Also gegen die Rechtsgültigkeit des durch den Neubruch erworbenen Bifangs und des dadurch begründeten erblichen Besitzes bestand an sich kein Bedenken; nur dem Asig gegenüber waren besondere nicht genauer angegebene Rechtsansprüche geltend gemacht worden, welche eine ausdrückliche Verleihung von Seiten des Kaisers nöthig machten.

§. 5.

Das spätere Recht.

In späterer Zeit fanden wesentliche Aenderungen in dem Rechte des Neubruchs statt. Abgesehen von neuen Einrichtungen in den Markgenossenschaften traten nun die Colonisation in slavischen Gegenden, die Eindeichung, die Austrocknung von Niederungen in verschiedener Weise in den Vordergrund, die Ausbildung der Landeshoheit machte auch in dieser Beziehung ihren Einfluſs geltend; im Allgemeinen aber ward das herrenlose Land seltener, und der Neubruch auf fremdem Eigen trat häufiger in den Kreis der praktischen Rechtsverhältnisse ein. Die Befugniſs dazu ward dann wohl besonders untersagt, wenn etwa nur ein

Mastungsrecht eingeräumt wurde[41]); oder sie ward ausdrücklich erlaubt, und zwar aus Liberalität, ohne Entschädigung[42]), oder gegen einen bestimmten Zins[43]). Dagegen finden sich auch wieder Beispiele, dafs das Recht des Grundeigenthümers oder Forstherrn auf das Nachdrücklichste gewahrt ward, wie denn z. B. der Erzbischof von Cöln einen Kammerforst mit Hinblick auf den Karolingischen Wildbann unter Androhung des alten Königsbanns zu schützen suchte[44]).

Von besonderer Wichtigkeit war aber die Stellung, welche die Kirche zum Neubruch (novale) einnahm, indem sie allgemein den Zehnten von ihm forderte[45]). Dieser Anspruch ward dann auch in Deutschland erhoben, indem bald der Erzbischof bald der Bischof als decimator universalis auftrat. So verzichtet der Erzbischof von Cöln i. J. 1118 auf decimationes eiusdem paludis, qui secundum instituta canonum deberent nos contingere[46]); dagegen macht i. J. 1127 der Bischof von Paderborn ein Novale zehentfrei[47]), und der von Naumburg überträgt i. J. 1146 dem Kloster Bosau in benannten Gegenden, namentlich in pago Plisna decimam omnium novalium in praesenti cultorum vel in posterum colendorum[48]). Indessen gelang es der Kirche nicht, diese allgemeine Zehentpflicht des Neubruchs in Deutschland zur Geltung zu bringen. Es kam vor, dafs die Grundbesitzer einem Kloster gegenüber, welches auf ihrem Gebiete gerodet hatte, selbst Anspruch auf den Zehnten machten und

[41]) Cod. Lauresh. I. no. 33 (ai. 863) — et nullam aliam utilitatem sive ad exstirpandum sive in cesura ligni.

[42]) Lacomblet, niederrhein. Urkundenbuch I. No. 256 (ai. 1099). — Cod. Lauresh. I. No. 153 (ai. 1148). — Seibertz, Urkundenbuch I. No. 56 (ai. 1166).

[43]) Günther, cod. dipl. II. No. 264 (ai. 1275).

[44]) Lacomblet, Archiv I. S. 369. Item silva que dicitur camerforst, solius archiepiscopi est. — Si vero aliquis sine licentia archiepiscopi novale in silva fecerit, ipse archiepiscopus precipiet advocatis, quod segetes illas destruant, et tamen ille qui fecit conponet 60 solidos; si vero segetes usque ad maturitatem steterint, archiepiscopus accipiet partes (duas) et advocati tertiam, et nichilominus ille conponat 60 solidos.

[45]) cap. 13. X. de decimis (III. 30). — cap. 21. X. de V. S. (V, 40).

[46]) Lacomblet, Urkundenbuch I. No. 287.

[47]) Erhard, reg. Guestph. II. No. 202.

[48]) Schoettgen et Kreysig, diplom. II. p. 421.

durchsetzten[49]), und aufserdem behaupteten in einigen Gegenden die Landesherren ein fiskalisches Recht auf die Wüsteneien und beziehungsweise auf die Novalzehnten, welches aber mit dem oben erörterten Verfügungsrecht des Königs in Gallien und Allemannien in keinem Zusammenhange stand[50]). — Ein näheres Eingehen auf diese Fragen würde jedoch über den Kreis der hier angestellten Erörterungen hinausführen.

[49]) Wenck, Hessische Landesgeschichte II. S. 112.

[50]) Beseler, System §. 192. Note 17. Vgl. Gründler, Polemik I. §. 235.

ZUR

GESCHICHTE DER CESSION

VON

CARL GEORG BRUNS.

Bei der Lehre von den praedes und der praedum venditio ist es gegenwärtig allgemein hergebracht, von einer Cession der Forderungen des Staats gegen den Schuldner oder die praedes zu sprechen[1]). Man thut es in einer Weise, wie wenn die Anwendung des Cessionsbegriffes dabei ganz natürlich wäre und durchaus nichts auffallendes hätte. Und doch wird kaum Jemand behaupten wollen, dafs von einer Cession, wie sie das spätere Recht hat, von mandatum agendi, procurator in rem suam und actio utilis hier wenigstens für die frühere Zeit, die Zeit der Legis-Actionen, irgendwie die Rede sein könne. Ist aber das, so mufs jener s. g. Cession nothwendig ein anderer rechtlicher Standpunkt zu Grunde gelegen haben, sie überhaupt einen andern Begriff gebildet haben. Die Frage wiederholt sich bei allen anderen Fällen von Verkäufen und Uebertragungen von Staatsforderungen, namentlich bei allen Steuerverpachtungen. Man nimmt zwar hier zum Theil mehr Anstand, von Cession zu sprechen, allein eine Uebertragung hat auch hier stattgefunden und die Frage, wie man sich diese rechtlich zu denken habe, ist auch hier im wesentlichen dieselbe.

Die neueren Bearbeiter der Geschichte der Cession haben diese alten Verhältnisse meistens gar nicht berücksichtigt. Nur Schmidt[2]) berührt sie kurz, indem er einfach eine civile Singularsuccession in die Obligation des Staates annimmt, und meint, die spätere utilis actio bei der Cession sei eine prätorische Nachbildung dieser alten civilen Succession.

[1]) Mommsen, Stadtrechte von Salpensa und Malaga. S. 475. Corp. inscr. 1, 113. Rudorff, röm. Rechtsgesch. 2, §. 93. Rivier, über die cautio praedibus praediisque. §. 32. Göppert, in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 288.

[2]) Grundlehren der Cession. 2, 170.

Wie indessen die Annahme einer Succession in Obligationen im alten Civilrechte mit der vollständigen Verwerfung derselben im späteren Civilrechte zu vereinigen sei, läfst er unerklärt.

Eine genauere Untersuchung der angeregten Frage gewährt zwar für die spätere Geschichte der Cession nicht grade viel Aufschlufs, bietet aber doch sonst vielfach ein nicht unbedeutendes Interesse, und ist daher Gegenstand der nachfolgenden Ausführung.

I.

Um für die Frage einen allgemeineren Boden zu gewinnen, mufs man zunächst von der allgemeinen Behandlung der Staatsobligationen, d. h. der Forderungsrechte des Staats, im ältern römischen Rechte ausgehen. Man hat hier in neuerer Zeit für die Staatsobligationen des alten römischen Rechts den eigenen Begriff einer „publicistischen Obligation" aufgestellt[1]). Es sollen das nicht etwa nur die Obligationen sein, die aus den Staatsverhältnissen als solchen hervorgehen, wie Steuern und öffentliche Geldstrafen, sondern überhaupt alle Obligationen des Staats, auch die aus Verträgen. Der Begriff soll darauf beruhen, dafs man ursprünglich im Staate die öffentlichen und die Privatrechte noch nicht unterschieden habe, der Staat sei als Machthaber und Gesetzgeber nicht vom Staate als Eigenthümer oder Gläubiger geschieden, er habe daher nicht durch seine eigenen Gesetze gebunden sein können, jedes Rechtsgeschäft eines Beamten für den Staat habe daher einen legislatorischen Charakter gehabt, die Obligationsrechte des Staats hätten daher nie zu gerichtlicher Klage, sondern nur zu administrativer Execution führen können; „erfüllte ein Schuldner seine Verbindlichkeit gegen den Staat nicht, so wurde er ohne weiteres mit allem was er hatte verkauft, dafs der Staat forderte, genügte zur Constatirung der Schuld[2])."

Im Gegensatze zu dieser, ich möchte fast sagen, etwas phantastischen Auffassung hat Göppert[3]) mit oppositioneller Nüchternheit den

[1]) Zuerst Huschke im „Recht des nexum", dann auch Mommsen in den Stadtrechten von Malaga und Salpensa, und danach dann auch andere.

[2]) Mommsen, römische Geschichte. 1, 153. Stadtrechte. 467—469. 479. n. 49.

[3]) In der Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 255.

rein privatrechtlichen Standpunkt auch für den Staat vindiciren wollen, „die Rechtsgeschäfte und Forderungen des Staats hätten keinerlei ausnahmsweise Natur gehabt", die privatrechtlichen Vertragsformen so wie der gewöhnliche Civilproceſs und seine Execution hätten für den Staat ebenso wie für den einzelnen Bürger gegolten.

Diese volle Gleichstellung von Staat und Privatmann ist nun zwar für den römischen Urstaat gewiſs noch weniger richtig, wie für den modernen, wie sich weiter unten näher zeigen wird; doch aber scheint mir der Begriff der publicistischen Obligation keine glückliche Erfindung zu sein. Eine praktische Realität kommt ihm keinenfalls zu. Denn daſs an sich einzelne concrete Forderungen des Staats auf Geld oder Geldeswerth wirkliche Obligationen sind, ist auſser Zweifel, für das spätere römische wie für das heutige Recht. Der Staat kann dabei zwar administrative Execution haben, allein dies hebt den Begriff der Obligation nicht auf, und je nach Umständen kann die reine Obligation und die Nothwendigkeit einer Klage jederzeit wieder hervortreten, so z. B. wenn der Pflichtige in Concurs kommt, oder im Auslande ist u. dgl. Der Begriff der publicistischen Obligation könnte also jedenfalls nur ein historisches Dasein haben, und zwar eigentlich auch nur für eine vorhistorische Zeit. Dabei müssen denn allerdings allgemeine Anschauungen die mangelnden Beweise ersetzen, doch möchte folgendes in Betracht kommen.

Die Eigenthümlichkeit der publicistischen Obligation soll sich hauptsächlich in zweierlei zeigen:

1. bei der Entstehung durch Rechtsgeschäfte darin, daſs diese als legislatorische Acte keinerlei Form nöthig haben;
2. bei der Geltendmachung darin, daſs keine rechtliche Klage nöthig ist, sondern die Forderung stets als von selbst bewiesen administrativ exequirt wird, und zwar durch Verkauf des Schuldners.

Hier ist nun zwar die Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte für den Staat im ältern Rechte insoweit richtig, als die Formen des Privatverkehrs dabei in der Regel nicht nöthig waren, so namentlich bei den Verkäufen, Verpachtungen, Eigenthumsübertragungen vom Staate und den Verbürgungen und Verpfändungen an ihn. Indessen waren doch gewisse, wenn auch geringere, Formen auch hier nöthig, wie Oeffentlichkeit, mündliche Erklärung, subsignatio u. a. Im Grundprincipe aber un-

richtig scheint mir die Erklärung dieser Formlosigkeit aus einer legislatorischen Natur aller Geschäfte der Beamten für den Staat, und weil der Staat, d. h. das Volk, nicht durch seine eigenen Gesetze habe gebunden sein können. Dabei wird ein Satz, der nur für das Volk als gesetzgebende Gewalt, also für die Comitialbeschlüsse gilt, auf die Administrativ-Thätigkeit der einzelnen Beamten übertragen. Der Beamte hat höchstens imperium, aber keine Legislative, und wie streng das in allem einzelnen durchgeführt ist, zeigt der ganze Gegensatz vom prätorischen und Civilrechte. Der Satz, dafs der Staat durch seine Gesetze nicht gebunden ist, auch auf die Handlungen der Beamten bezogen, würde das ganze römische Staatsrecht umwerfen. Nur versteht sich, dafs das Gesetz (oder die Gewohnheit) für die Geschäfte, die die Beamten für den Staat vornehmen, ein anderes Recht aufstellen kann, wie für den Privatverkehr; die Gründe, die bei diesem für Formalitäten sind, fallen beim Staate durch die Publicität der Handlungen meistens von selber weg.

Was dann die Geltendmachung der Staatsforderungen betrifft, so ist zunächst das aufser Streit zu stellen, dafs eine Administrativ-Execution bei gewissen Forderungen, namentlich Steuern und Geldstrafen, in jedem Staatsleben, dem alten römischen wie dem späteren und dem heutigen, unentbehrlich ist; und ebenso dafs dabei der Beweis ohne weiteres durch die eigenen Angaben und Listen des Staats selber geliefert wird. Allein die Verallgemeinerung dieses Principes, der absolute Satz, „dafs der Staat fordere, genüge zur Constatirung der Schuld", scheint mir auch für den altrömischen Staat nicht möglich. Das agere pro populo, die vindiciae secundum populum, das condemnari populo, und überhaupt alle procuratorischen Popularklagen scheinen mir dem auf das directeste zu widersprechen.

Dafs endlich die Execution nothwendig grade durch Verkauf des Schuldners selber habe geschehen müssen, scheint mir keinenfalls wesentlich bei der ganzen Sache. Man könnte darüber immerhin verschieden denken. Möglich wäre sie natürlich, da auch die Civilexecution zum Verkaufe führen konnte. Meiner Ansicht nach war es indessen umgekehrt eine Eigenthümlichkeit der Staatsforderungen, dafs der Staat seine Schuldner nicht verkaufte, sondern von Anfang an nur Vermögens-Execution hatte, höchstens dabei durch Verhaftung etwas nachhalf. Aller-

dings konnte der römische Staat unter Umständen recht scharf eingreifen. Wer sich den allgemeinen Bürgerpflichten entzog, d. h. dem Census und der darauf ruhenden Kriegs- und Steuerpflicht, wurde verkauft. Allein dafs der Staat auch den armen Bürger, der seine Schuld nicht zahlen konnte, verkauft habe, steht nirgend[1]). Es finden sich genug Klagen über die Härte und Unerschwinglichkeit des tributum für die Armen, aber nirgend die leiseste Spur, dafs je ein Bürger wegen Steuerrückstände verkauft sei. Es findet sich oft genug, dafs wegen Strafgelder das ganze Vermögen eingezogen wird, aber nirgend, dafs Jemand wegen Strafgelder verkauft sei. Und Cicero[2]) sagt ausdrücklich, die beiden obigen Verkaufsgründe seien die einzigen gewesen, und „si per has rationes adimi libertatem majores posse voluerunt, alio modo noluisse." Welchen Nutzen hätte auch der Staat davon gehabt, verdiente Bürger und Soldaten, die die Steuer nicht zahlen konnten, wie z. B. der bei Liv. 2, 23, an die Feinde[3]) zu verkaufen!

Ueberhaupt aber scheint mir der ganze Schwerpunkt der eigenthümlichen Behandlung der Staatsobligationen im römischen Rechte gar nicht in der Unterscheidung von Eintreibung im Rechts- und Administrativwege zu liegen. Der Unterschied findet sich allerdings im römischen Rechte, wie er sich in jedem gebildeten Rechte der Welt finden wird, und dabei war die Gränze in Rom wechselnd, wie sie auch bei uns gewechselt hat[4]). Allein der Hauptunterschied der römischen Behandlung der Staatsforderungen von der modernen liegt nicht darin, sondern vielmehr in dem Gegensatze der directen und indirecten Einziehung der Forderungen.

Es ist keine neue Bemerkung, dafs die Römer ihre Steuern, Zölle u. s. w. nicht direct durch Beamte, sondern indirect durch Verpachtung eingezogen haben, und ebenso, dafs sie confiscirte Vermögen nicht direct

[1]) Das „praedes vendere" wird man nicht mehr entgegenhalten.

[2]) Pro Caecina c. 34.

[3]) Denn „trans Tiberim" hätte der Verkauf doch geschehen müssen.

[4]) Die Bedeutung dieses Gegensatzes von Justiz und Administration auch für den römischen Civilprocefs ist zuerst von Bethmann-Hollweg gewürdigt, und durch alle drei Perioden durchgeführt. Röm. Civilproc. B. 1. §. 39. B. 2. §. 81. B. 3. §. 150.

im einzelnen, sondern indirect durch Verkauf im ganzen für den Staat verwerthet haben. Dieses Princip greift aber weiter, als man in der Regel beachtet. Die Finanzverwaltung der Republik liebt es überhaupt nicht, sich mit einzelnen Schuldnern zu befassen und die einzelnen Staatsforderungen im Detail einzutreiben. Dazu gehört ein weitläufigerer Organismus von Unterbeamten und Rechnungswesen, als die Censoren und Quästoren aufzuwenden hatten. Statt dessen bildete man ein System von indirecten Einziehungen der Staatsforderungen aus, d. h. man übertrug die Forderungen so viel als möglich gegen Entgelt auf Privatpersonen und überliefs es diesen, sie dann durch Klage oder sonstigen Zwang einzuziehen. Wurde der Betrag der Forderungen dadurch auch etwas geschmälert, so wurde die Verwaltung um so mehr vereinfacht. Eine Folge davon war, dafs die ganze Frage, ob Rechtsweg oder Administrativzwang, für die meisten Fälle gar nicht zur Sprache kommen konnte und der letztere von selbst auf wenige Fälle beschränkt wurde. Es handelt sich hier also überhaupt weniger um eine Verschiedenheit der Rechtsanschauung, als um ein Princip der Finanzverwaltung. Dagegen erhält die Frage nach der Art, Form und Wirkung der Uebertragung der Staatsobligationen von diesem Standpunkte eine erhöhte Bedeutung, da diese Uebertragung danach gerade die regelmäfsige Vermittlung der Einziehung der Forderungen überhaupt bilden mufste.

Um das Gebiet derselben vollständig zu übersehen, mufs man zunächst die Fälle der directen und indirecten Einziehung genauer von einander absondern. Die Scheidung ist nicht ohne Schwierigkeit, da die Quellen nicht überall ausreichen und man die beiden Arten bei manchen Fällen auch mit einander verband, z. B. directe Execution durch bona possidere und dann indirecte Einziehung durch venditio bonorum.

Stellt man zunächst die verschiedenen Arten von Forderungen, die der Staat überhaupt möglicherweise haben konnte, zusammen, so kann man folgende Klassen unterscheiden:

1. öffentliche Abgaben jeder Art, directe und indirecte,
2. öffentliche Geldstrafen mit Einschlufs von Schadensersatz,
3. Forderungen aus Verträgen, namentlich Verkauf, Verpachtung, Verdingung und Darlehn,
4. Verwaltungsschulden der Beamten,

5. Forderungen aus besondern Gesetzen,
6. Forderungen, die als Bestandtheile von confiscirten Vermögen auf den Staat übergegangen sind.

Nach einem festen allgemeinen Principe für die Einziehung aller dieser Forderungen, darf man in der römischen Finanzverwaltung nicht suchen. Wie Zeiten und Verhältnisse es brachten, wurde directe oder indirecte Einziehung angenommen. Auch war die letztere gar nicht überall gleich. In der Regel wurden die Forderungen zwar einfach verkauft, bei solchen Verhältnissen aber, wo der Staat selber wieder Schuldner gegen einen dritten war, wurde die Forderung an diesen statt der Zahlung überwiesen. In gewisser Weise mufs man selbst, um das System vollständig zu übersehen, auch die Popularklagen noch hierher rechnen, nur ist dabei der Unterschied, dafs die eine Klasse derselben, die procuratorischen, nur bis zum Urtheile vom Kläger durchgeführt, dann aber vom Staate direct exequirt werden, und bei den andern die ganze Einziehung vom Kläger zwar im allgemeinen Staatsinteresse, aber doch nur zum eigenen pecuniären Nutzen geschieht.

Die Fälle des Verkaufs und der Zuweisung statt Zahlung scheiden sich nun in folgender Weise:

1. Einziehung durch Verkauf wurde angewendet:

a) bei allen öffentlichen Abgaben und Gefällen aufser dem tributum. Man nannte das zwar Verpachtung der Steuern, locatio vectigalium etc.; allein dafs es eigentlich Verkauf der Steuerforderungen war, ist anerkannt[1]). Der Staat überträgt auf die Publicanen das Recht, die einzelnen fälligen Abgaben einzuziehen, und bekommt dafür von ihnen eine bestimmte Summe als Preis. Nur die jährliche Wiederholung des Verhältnisses läfst es als Pacht erscheinen. Doch sehen die Römer auch dabei nicht eigentlich das allgemeine Steuerrecht des Staats als den Gegenstand der Pacht an, sondern sie betrachten die einzelnen Vectigalien, Zehnten u. s. w. wie Früchte der Ländereien und denken sich die Sache danach als Pachtung dieses Fruchtgenusses. In diesem Sinne sagt Festus[2]): „venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.“ Dem entsprechend sagt noch

[1]) Degenkolb, Platzrecht und Miethe. S. 138—140.

[2]) Festus, v. Venditiones.

Hyginus[1]) „mancipibus ementibus, i. e. conducentibus," während die Lex agraria von 643 stets verbindet: „vectigalia locare vendere."

b) Bei allen Einziehungen von ganzen Vermögen. Diese kommen in doppelter Weise vor:

α) als Strafmittel bei der publicatio bonorum, wenn das ganze Vermögen direct für dem Staate verfallen erklärt wird;

β) als Executionsmittel bei der possessio bonorum, wenn Forderungen, namentlich Strafforderungen auf Geld, nicht bezahlt werden und auch keine Caution durch praedes dafür gestellt wird[2]).

In beiden Fällen wird das Vermögen im ganzen an sectores verkauft, also mit allen dazu gehörigen Obligationsrechten.

c) Bei allen einzelnen Verträgen, wobei Geld an den Staat zu zahlen ist, also bei Darlehen, Verkäufen und Verpachtungen. Doch gestaltet sich hier die Sache etwas anders, als in den beiden oben bezeichneten Fällen. Dort ist der Verkauf das einzige und absolute Mittel der Einziehung für den Staat. Der Staat nimmt die Baarzahlung vom Schuldner gar nicht an, auch wenn er sie anbieten sollte. Bei den Verträgen wird dagegen die Baarzahlung, wenn sie rechtzeitig geschieht, in der Regel angenommen, Verkäufe werden sogar oft gar nicht anders als gegen Baarzahlung (pecunia praesenti) vorgenommen, und nur erst wenn nicht gezahlt wird, wird die Forderung verkauft. Der Sicherheit wegen läfst sich der Staat aber auf solche Verträge regelmäfsig nur ein, wenn ihm Bürgen, praedes, gestellt werden[3]). Das Recht gegen diese wird dann mit verkauft, und da, wenn der Schuldner nicht zahlt, die Bürgen die Hauptsache sind, so erscheint der Verkauf dann vorzugsweise als Verkauf der Bürgschaftsrechte, praedum venditio[4]).

[1]) Schriften der röm. Feldmesser. 1, 116.

[2]) Z. B. Lex Acilia, v. 57: „*Sei p*[raedes datei non erunt, bona — puplice possideantur conq]*uaerantur vendantur.*"

[3]) So namentlich bei allen Steuerverpachtungen. Darlehn mit praedes findet sich bei Liv. 22, 60 „— dandam ex aerario pecuniam mutuam, praedibus praediisque cavendum populo."

[4]) Die obige Auffassung von der praedum venditio ergiebt sich aus dem allgemeinen Zusammenhange der gesammten in Frage stehenden Verhältnisse; speciellere Gründe dafür hat Göppert ausgeführt. S. auch Bethmann-Hollweg, Civilproceſs 1, 66. n. 41.

Ein besonders deutliches Bild dieses Verhältnisses von Baarzahlung, praedes, und Verkauf der Forderung würde uns die Lex agraria v. 70—75 bei den von ihr angeordneten Verkäufen von ager publicus geben[1]), wenn sie nicht an dieser Stelle so gar arg zerstückelt wäre[2]). Sichere Resultate lassen sich aus den Bruchstücken für die Frage nicht mehr entnehmen. Die verschiedenen widersprechenden Ansichten über die Ausfüllung der Lücken anzuführen und um eine neue zu vermehren, würde hier zu weit führen.

d) Bei allen übrigen Forderungen des Staats, bei denen praedes gestellt wurden, trat natürlich, wenn nicht gezahlt wurde, gleichfalls das prädiatorische Recht mit seinem Verkaufe ein. Es gehören dahin zunächst alle Verträge auf Handlungen für den Staat, worüber unten näheres, aufserdem aber namentlich alle Geldstrafen, für deren Zahlung der schuldige, um die bonorum possessio und venditio abzuwenden, praedes gestellt hatte, und dann auch die sacramenta bei der legis actio sacramento, seitdem diese nicht mehr real deponirt, sondern nur durch praedes gesichert wurden. Die Einziehung dieser Sacramente ist zwar in der Lex Papiria den IIIviri capitales mit den Worten übertragen: „sacramenta exigunto iudicanto“, und man könnte dies auf directe Execution deuten. Allein ex-igere bedeutet ursprünglich nicht eigentlich einklagen sondern ein-treiben, daher pecunias, sacramenta, tributa exigere nur: Gelder eintreiben, ohne Rücksicht, ob sie gutwillig gezahlt werden oder ob Zwang, und welcher, angewendet werden mufs. So sagt Livius[3]) z. B.: senatus decrevit, ut duplex tributum imperaretur, simplex confestim exigeretur, und Varro[4]): tributum — pro portione census exigebatur[5]). Danach darf man auch in dem „sacramenta exigunto“ keine Bestimmung über die Art der Eintreibung und Execution sehen wollen,

[1]) Die Käufer der Grundstücke und die Käufer der Forderungen daraus treten direct neben einander hervor in v. 71: — is, quei pequniam populo dare debebit, ei quei eo nomine ab populo mercassitur, —

[2]) Von den 430 Buchstaben, die nach Mommsen jede Reihe durchschnittlich hatte, sind hier immer nur 150—160 erhalten und 270—280 verloren.

[3]) Liv. 3, 13.

[4]) Varro, de ling. lat. 5, 181.

[5]) Ich würde auch das „magistratus exigito“ in der Tab. Bant. v. 9 und das „propiore die exactum“ in der Lex agrar. v. 71 nicht direct auf Execution beziehen. Vgl. v. Bethmann-Hollweg, Civilprocefs 2, 186. n. 43.

muſs vielmehr, da praedes dafür gestellt wurden, Anwendung des prädiatorischen Rechts dabei annehmen[1]).

Daſs aber die praedes in allen Fällen, wenn sie nicht zahlten, nicht verklagt sondern verkauft wurden, (d. h. in dem obigen Sinne), ist wohl auſser Zweifel. In der Lex Acilia v. 57 heiſst es zwar:

— quod reus non solverit, a praedibus primo quoque die exigatur.

Allein auch hier bezeichnet das exigere nur das reelle Eintreiben, nicht die formelle Art der Eintreibung. Diese geschieht nach dem gewöhnlichen prädiatorischen Rechte[2]).

2. Indirecte Einziehung der Staatsforderungen durch Zuweisung (attributio) derselben an einen Bürger statt Zahlung findet sich in folgenden Fällen:

a) Der älteste und eigenthümlichste ist bei dem s. g. aes hordearium. So nannte man bekanntlich das Geld, was in der alten Zeit die Ritter zum Unterhalte ihrer Pferde bekamen. Die Zahlung desselben war ausschlieſslich den Wittwen auferlegt[3]), weil sie vom tributum frei waren. Von diesem Futtergelde sagt nun Livius[4]):

> Ad equos emendos (equitibus) X millia aeris ex publico data, et, quibus alerent, viduae attributae, quae bina millia aeris in annos singulos penderent.

Das heiſst: zum Ankaufe der Pferde gab der Staat das Geld her, zur Ernährung attribuirte er den Rittern aber die Wittwen. Dem Wortlaute nach kann dies nicht anders verstanden werden, als daſs jeder einzelne Ritter Anweisung auf eine bestimmte einzelne Wittwe erhielt, ähnlich wie bei uns der Soldat seinen Quartierzettel bekommt. In Uebereinstimmung damit steht, daſs die Ritter zur Eintreibung des aes hordearium nöthigenfalls pignoris capio anwenden konnten. So wird das Verhältniſs auch bei uns in der Regel aufgefaſst[5]), nur daſs Huschke[6]) „binae“

[1]) Das „sacramenta iudicanto“ erklärt v. Bethmann-Hollweg, Civilproc. 1, 99. n. 49. 50 wohl mit Recht aus dem in sacrum iudicare der Lex Silia und der Lex de inferiis. Anders Danz, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 6, 372 ff.

[2]) So auch Rudorff, lex Acilia p. 508.

[3]) Vielleicht auch den Waisen. Huschke, Verfassung d. Servius S. 370. n. 33.

[4]) Liv. 1, 43.

[5]) Keller, Civilproceſs §. 20. Rudorff, Rechtsgesch. B. 2. §. 25.

[6]) Verfassung des Servius. S. 372.

statt „bina“ lesen will, immer je zwei Wittwen hätten für ein Pferd sorgen müssen.

Etwas befremdlich für unsere Anschauungen ist diese Behandlung der Sache. Es kann daher nicht auffallen, wenn Göttling[1]) u. a. sich dagegen sträuben. Zweifel können auch die beiden andern Hauptstellen über die Sache erregen. Cicero[2]) sagt:

> — etiam Corinthios video publicis equis assignandis et alendis orborum et viduarum tributis fuisse diligentes.

Er scheint also Kauf und Ernährung nicht zu trennen, und bei beiden gewöhnlichen Tribut anzunehmen. Indessen ist seine Aeufserung doch zu unbestimmt, als dafs man viel darauf geben könnte; eigentlich sagt er nur, was die Corinthier gethan hätten. Bedenklicher ist Gajus[3]). Dieser sagt bei der Beschreibung der pignoris capio, sie sei theils moribus theils lege eingeführt. Von der ersteren führt er dann die bekannten drei Fälle, aes militare, equestre, hordearium, in folgender Weise auf:

> Introducta est moribus rei militaris. Nam propter stipendium licebat militi ab eo, qui distruebat, nisi daret, pignus capere; item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; item propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum.

Es mufs hier sofort auffallen, dafs beim ersten Falle die Person, die ausgepfändet werden soll, bezeichnet ist, in den beiden andern Fällen nicht. Wie ist dies zu verstehen? Ist dieselbe Person gemeint oder eine andere? Keller[4]) und Rudorff[5]) nehmen ohne weiteres das letztere an. Sie emendiren beim ersten Falle das „qui distruebat“ der Handschrift, nach dem Vorgange von Göschen, in „qui distribuebat,“ und verstehen darunter den tribunus aerarius, der nach Varro[6]) den Sold an die Soldaten auszahlte. In den beiden andern Fällen substituiren sie dafür die attribuirten Wittwen. Allein dann kommt man mit Livius in

[1]) Römische Staatsverfassung S. 256.
[2]) De republ. 2, 20.
[3]) Gaius 4, 26. 27.
[4]) Civilprocefs §. 20.
[5]) Röm. Rechtsgeschichte 2, §. 25.
[6]) Varro, de ling. lat. 5, 181.

Widerspruch, der entschieden Kauf und Ernährung der Pferde trennt und das Geld zu ersterem „ex publico“ zahlen läfst. Mommsen[1]) bezieht daher wenigstens noch den zweiten Fall, also das aes equestre, auf den tribunus aerarius. Allein dann ist die Darstellung von Gajus eigentlich noch unbefriedigender. Eine andere Möglichkeit wäre noch, das „qui distruebat“ mit Niebuhr[2]) in „qui aes tribuebat“ zu emendiren, und dann darunter allgemein den Tribuenten, sei es der Beamte oder der Steuerpflichtige, zu verstehen, also anzunehmen, dafs auch beim aes militare eine Attribution der einzelnen Steuerpflichtigen an die einzelnen Soldaten habe stattfinden können. Dies erscheint freilich zunächst noch auffallender, und der ganzen sonstigen Behandlung des tributum zu widersprechen. Allein zwei wenig beachtete Stellen von Plautus scheinen die Sache doch zu bestätigen. In der einen[3]) heifst es bei einem Manne, der von allen möglichen Gläubigern bestürmt wird:

Ibi ad postremum (ac)cedit miles, aes petit.
Itur, putatur ratio cum argentario.
Miles impransus adstat, aes censet dari.
Spes prorogatur militi in alium diem.

Dafs unter diesem „aes“ das aes militare zu verstehen sei, haben schon die ältern Ausleger des Plautus angenommen. Sie wollen sich dann aber entweder unter dem Schuldner einen tribunus aerarius denken, oder unter dem Soldaten einen Boten des tribunus. Beides ist aber offenbar lahm. Noch deutlicher ist die Anspielung in der andern Stelle[4]). Hier sagt ein Soldat, der von einem leno zum Frühstück eingeladen ist, diesen aber nicht zu Hause findet, und ihm daher einen Becher wegnimmt:

Pro minore parte prandii pignus cepi, abii foras;
Sic dedero! aere militari tetigero lenunculum!

Die älteren Ausleger wollen hier unter dem aes militare eine soldatische Plünderung verstehen, allein das „pignus cepi“ deutet doch zu offenbar auf die pignoris capio. Eine ganz allgemeine Attribution der Steuerpflichtigen an die einzelnen Soldaten darf man aus diesen Stellen natür-

[1]) Die römischen Tribus. S. 48.
[2]) Röm. Geschichte. 1, 487. n. 6.
[3]) Aulul. 3, 5, 53—58. Diese Stelle citirt Böcking zu Gai. 4, 27.
[4]) Poenulus. 5, 5, 6—7.

lich nicht entnehmen wollen. Diese ist schon darum unmöglich, weil das tributum ja gar nicht blos zum Solde verwendet wurde[1]), auch seine Zahlung an den Staat mehrfach bezeugt wird, und Gellius auch die pignoris capio gegen den tribunus aerarius zu bestätigen scheint[2]). Dafs aber im einzelnen, namentlich etwa bei säumigen und rückständigen Steuerzahlern, eine Attribution an einzelne Soldaten stattgefunden habe, wäre doch nicht ganz undenkbar.

b) Ein zweiter Fall von Attribution von Staatsforderungen findet sich in der Lex Iulia municipalis bei den Bestimmungen über die Strafsenpflasterung. Er ist sehr speciell, läfst aber auf andere ähnliche Anwendungen schliefsen. Das Gesetz bestimmt (v. 20—45), jeder Hauseigenthümer müsse für das Strafsenpflaster vor seinem Hause sorgen, thue er es nicht, so solle der Aedil die Pflasterung öffentlich in Verding geben, und auf die Verdingssumme solle dann der Säumige als Staatsschuldner in die öffentlichen Listen eingetragen werden. Die Schuld wird aber nicht direct vom Staate eingezogen, sondern zur Zahlung für den Uebernehmer der Pflasterung benutzt. Der Säumige wird diesem auf die Verdingssumme „attribuirt“[3]), mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen bei Strafe eines Aufschlages von 50 Procent. Das nähere darüber kann erst weiter unten ausgeführt werden.

c) Der dritte Fall ist diesem ähnlich, aber von viel weiterer Ausdehnung. Er betrifft die Location der s. g. ultro tributa. Wenn öffentliche Bauwerke oder sonstige Anlagen und Lieferungen in Verding gegeben werden und der Redemtor seine Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht gehörig erfüllt, so wird, wie bei der gesetzlichen Pflicht der Lex Iulia, die Arbeit auf Kosten des pflichtigen Redemtors von neuem locirt und dieser verpflichtet, den Preis der neuen Location als Schadensersatz für die Nichterfüllung seines Vertrages zu zahlen. Auch hier fordert aber der Staat dieses Geld nicht von dem ersten Redemtor oder seinen praedes ein, sondern weist die Forderung gegen ihn dem zweiten Redemtor an

[1]) Liv. 4, 60; 5, 10. 12.

[2]) Gell. 6, (7.) 10. Verba Catonis sunt: „*Pignoris capio ob aes militare,* (quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat,) — *vocabulum seorsum fit.*“ Den eingeklammerten Satz halte ich für erläuternde Einschaltung von Gellius.

[3]) — „ei qui redemerit, tantae pecuniae eum attribuito (quaestor.).“

Stelle der Baarzahlung für dessen Locationssumme zu. Indessen geschieht die Zuweisung hier nicht durch eine einfache attributio, wie in der Lex Iulia, sondern da hier für die erste Verpflichtung stets praedes gestellt sein müssen, durch eine praedum venditio. So wenigstens in dem einzigen Falle der Art, der uns bekannt ist, der viel besprochenen causa Iuniana bei Cicero[1]).

Der Vater des Junius hat die Reparatur eines Tempels übernommen, ist aber vor der Approbation des Werkes gestorben mit Hinterlassung eines unmündigen Sohnes. Verres benutzt dies zu einer schändlichen Speculation. Er weifs an der Arbeit Ausstellungen zu machen und locirt sie zum zweiten Male zu einem ganz unverhältnifsmäfsig hohen Preise, von dem der zweite Redemtor ihm unter der Hand den gröfseren Theil abgeben soll. Auf diese zweite Location bezieht sich die ganze Ausführung von Cicero. Die Vormünder des Junius wollen die Location verhindern oder sie wenigstens für den Junius selber übernehmen. Dieses hintertreibt Verres. Cicero sagt:

> — locăturum se esse (Verres) confirmat, — locare incipit, non proscripta neque edicta die. — Accurrunt tamen tutores, digitum tollit Iunius patruus. Iste — quid ageret, coepit cogitare: „Si pupillo opus redimitur, mihi praeda de manibus eripitur; quod est igitur remedium?. quod? ne liceat pupillo redimere.“

Hier schaltet nun Cicero den Ausruf ein:

> Ubi illa consuetudo in bonis praedibus praediisque vendendis omnium consulum censorum, praetorum, quaestorum, ut optima conditione sit is, cuja res sit, cujum periculum! Excludit eum solum, cui prope dicam soli potestatem factum esse oportebat!

Dann fährt er sogleich wieder mit der Location fort, berührt die venditio auch nicht mit einem Worte weiter, sondern beschreibt nur die Schändlichkeiten bei der Location, namentlich auch die factische Ausschliefsung aller übrigen Bieter aufser dem von ihm angestifteten[2]).

[1]) In Verrem, 2, 1, 49—58.

[2]) „At enim si pupillo redimi non licebat, poterat aliquis ad id negotium de populo accedere. Omnes exclusi sunt non minus aperte, quam pupillus. Diem praestitit operi faciundo Calendas Decembres, locat circiter Idus Septembres; angustiis temporis excluduntur omnes.“

Was bedeutet nun mitten in dieser Location jener Ausruf über die praedum venditio? Offenbar muſs sie in engster Verbindung mit derselben stehen und eigentlich nur einen Theil derselben bilden. Eigentlich müſste der Staat die zweite Locationssumme an den zweiten Redemtor zahlen, und sie dann als Schadensersatz von dem ersten oder seinen praedes einziehen. Er könnte aber auch sein Recht gegen diese an den zweiten verkaufen und die Kaufsumme mit der Locationssumme compensiren. Beides wird nun einfach zu einem Geschäfte zusammengezogen. Der zweite Redemtor muſs für seine Forderung gegen den Staat sofort dessen Forderung gegen den ersten Redemtor und seine praedes kaufweise übernehmen. Dieser wird ihm also auf die Summe an Zahlungsstatt attribuirt. Das Geschäft ist damit eigentlich und in der Hauptsache nur locatio, darin ist aber doch zugleich eine praedum venditio enthalten. Der Grund aber, warum hier praedum venditio und nicht einfache attributio, wie im Falle der Lex Iulia, ist, weil hier praedes sind und für diese einmal die festen Formen und Sätze des prädiatorischen Rechts existirten.

Stellt man jetzt nach der Aufzählung der Fälle der indirecten Einziehung der Staatsforderungen die Fälle der directen Eintreibung zusammen, so sind dies, so viel ich sehe, nur folgende:

1. Das alte tributum. Daſs dieses nicht verpachtet wurde, ist auſser Zweifel. Wie es aber eingetrieben wurde, ist nicht klar. Man nimmt in der Regel an[1]), daſs es direct durch die magistri pagorum oder die tribuni aerarii geschehen sei[2]). Was diese aber, da sie keine Volksbeamten waren, für Zwangsmittel hatten, und welche Procedur überhaupt gegen Nichtzahlende angewendet ist, wissen wir nicht. Wir lesen zwar viel vom Drucke der Armen durch das tributum, von seiner Unerschwinglichkeit, daſs die Armen Schulden machen muſsten, um es zahlen zu können, daſs sie durch tributum und foenus zu Grunde gerichtet wurden[3]), einmal auch, daſs die Tribunen „edixerunt, auxilio se futuros, si quis tributum non contulisset“[4]). Allein wie und von wem der Executionszwang

[1]) Nach Dion. 4, 15.

[2]) Mommsen, röm. Tribus. S. 30. 46. Becker, römische Alterthümer. 3, 2, 128. 132. 134.

[3]) Liv. 2, 9. 23; 4, 60; 5, 10; 6, 32.

[4]) Liv. 4, 60.

ausgeübt wurde, wird nirgend auch nur angedeutet. Eine eigentliche Klage ist nicht wahrscheinlich, da der Betrag des tributum durch den Censor festgestellt war, und die pignoris capio in den oben besprochenen Fällen offenbar Eintreibung ohne Klage voraussetzt. Aufserdem können es aber nicht wohl andere Mittel gewesen sein, als pignoris capio, eventuell possessio und venditio bonorum. Das Nähere mufs dahingestellt bleiben.

2. Der zweite und wichtigste Fall ist die Einziehung der öffentlichen Geldstrafen. Bei diesen ist bekanntlich ein eigenthümlich buntes System. Die multae dictio ist rein administrativ, nur mit nachträglicher Provocation auf rechtliche Entscheidung; die multae irrogatio und petitio, sowie die eigentliche poena pecuniaria, werden criminell behandelt; bei den Strafen mit „damnas estō populo dare" findet Civilproceſs statt[1]). Richterliches Urtheil, criminales oder civiles, ist also, abgesehen von der multae dictio, bei allen nöthig. Dasselbe ist bei den Verbrechen, wo Ersatzanspruch und Strafe verbunden sind, wie Repetunden, Peculat und Residuum.

Die Frage ist nun, wie die Beitreibung der zuerkannten Strafe in allen diesen Fällen geschieht. Göppert[2]) meint, im Wege der gewöhnlichen Civilexecution: „die Quästoren mufsten (als Vertreter des Staats) wie jeder Privatgläubiger vom Prätor missio in bona nachsuchen." Dabei ist aber nicht beachtet, dafs diese Executionen in Zeiten hinaufreichen, wo von Privatexecution durch Prätorische venditio bonorum noch keine Rede war. Rudorff[3]) will daher mit gröfserer historischer Genauigkeit manus injectio populi nomine annehmen, und findet einen Beweis dafür in der Verhaftung des Scipio in seinem Peculatsprocesse. Allein diese Verhaftung des Scipio hat mit der manus iniectio weder in den Voraussetzungen, noch den Formen, noch den Wirkungen das mindeste zu thun. Sie wurde nach Gellius (6, 19) von den Tribunen angeordnet, gleich am Tage nach dem Urtheile, und nur auf so lange, als er keine praedes

[1]) Das Nähere darüber s. in meinem Aufsatze über die Popularklagen in der Zeitschrift f. Rechtsgesch. 3, 348 ff.

[2]) Zeitschrift f. Rechtsgesch. 4, 256.

[3]) Lex Acilia p. 495.

gäbe[1]). Es ist offenbar nur die gewöhnliche, so oft vorkommende Verhaftung bei Criminalprocessen. Ihr Grund ist lediglich zunächst, die Stellung von praedes zu erzwingen, eventuell die Beschlagnahme des Vermögens zu sichern.

Ueberhaupt aber sieht man nicht, warum der Criminalprocefs hier nach dem Urtheile auf einmal in Civilprocefs umspringen soll. Es ist ja sonst Regel, dafs stets der Beamte, der den Criminalprocefs geleitet hat, auch für die Execution des Urtheils, die Vollziehung der Strafe, zu sorgen hat. Dies ist bei Geldstrafen nicht anders. Beim alten Volksprocesse sorgten die Aedilen und Tribunen, die die Anklage erhoben und durchgesetzt hatten, von selber auch dafür, dafs die Strafe wirklich eingezahlt wurde. Ohne dies wäre in der Zeit des Kampfes der Patricier und Plebejer die plebejische Verurtheilung wohl meistens vergeblich gewesen. So heifst es bei der Anklage gegen den Q. Kaeso kurz von den XII Tafeln, dafs die Tribunen nach seiner Verurtheilung das Geld von seinen vades eingezogen hätten[2]). Später bei den Quästionen war es Sache des vorsitzenden Prätors, für die Einziehung des Geldes zu sorgen. Das Mittel dafür war aber hier von jeher stets possessio und venditio bonorum. In der Lex Acilia repetund. v. 57 heifst es:

> — qui condemnatus erit quaestori praedes facito det —; si praedes dati non erunt, bona ejus facito publice possideantur, conq[*uaerantur, vendantur*].

Mag man bei diesem „facito" mit Rudorff suppliren: „praetor, qui ex hac lege quaeret," oder mit Mommsen: „iudex, qui ex hac lege quaeret," keinenfalls ist darunter der praetor urbanus zu verstehen, bei dem die Quästoren Civilexecution nachsuchen müfsten, sondern immer nur der Prätor, der die Leitung der Quästion hatte. Die Quästoren handeln also nur auf Auftrag dieses Prätors, und dieser giebt den Auftrag einfach ex lege, d. h. ex officio, nämlich in Ausführung und zur Execution des Urtheils. Dem entsprechend heifst es auch in v. 62:

> [*si iud*]ex ex hac lege pecuniam omnem ad quaestorem redigere non potuerit, tum rel.

[1]) — „si praedes non det, in vincula duci," wie Liv. 25, 4: — „si vades non daret, in carcerem duci."

[2]) Liv. 3, 13. Dion. 10, 8.

Es ist also ganz dasselbe, wie wenn in andern Fällen die Confiscation und der Verkauf des ganzen Vermögens von den Tribunen oder einem Dictator oder vom Volke angeordnet wird[1]). Nur in diesem Sinne kann daher auch die Stelle von Livius[2]) beim Processe des Scipio verstanden werden, auf die Göppert hauptsächlich seine Ansicht stützt. Livius geht davon aus, dafs gegen Scipio nicht die Tribunen die Anklage geführt hätten, wie Gellius sagt, sondern eine quaestio mit einem Prätor angeordnet sei[3]); dieser habe, nachdem das Urtheil gesprochen, zuerst erklärt: „se, ni referatur pecunia in publicum, nihil habere, quod faciat, nisi ut prehendi damnatum et in vincula duci jubeat," sei dann aber durch die Intercession des Gracchus an der Verhaftung verhindert: darauf fügt dann Livius hinzu: „In bona deinde Scipionis possessum publice quaestores praetor misit," aus welchen Worten Göppert die Civilexecution ableiten will.

Wie unmittelbar der Beamte, der das Urtheil herbeigeführt hatte, bei der possessio und venditio bonorum betheiligt war und sie eigentlich direct selber vornehmen liefs, zeigt sich namentlich auch, wenn Cicero[4]) erzählt, wie Verres dies Recht mifsbraucht habe:

> — iste (Verres) pronuntiat: „Sthenium litteras publicas corrupisse videri, — ob eam rem HS. D. de Sthenii bonis exacturum," bonaque eius statim coepit vendere, et vendidisset, si tantulum morae fuisset etc.

Das statim bedeutet offenbar, dafs er gar keine Zahlung oder Stellung von praedes erwartete. Aehnlich tritt die Betheiligung des Prätors an dem Verkaufe des Vermögens auch an einer andern Stelle[5]) hervor:

> Petita multa est apud istum (Verrem) praetorem a Q. Opimio. — Iam in bonis Opimii vendendis, quas iste praedas, quam aperte, quam improbe fecerit, longum est dicere.

Für die Execution der criminalrechtlichen Urtheile kann hiernach kaum ein Zweifel sein; eher bei den Strafen mit der Damnationsformel,

[1]) Liv. 3, 58. 4, 15. 25, 4.

[2]) Liv. 38, 60.

[3]) Liv. 38, 55. „quaerere Terentium (praetorem) patres iusserunt."

[4]) Verr. 2, 2, 38.

[5]) Verr. 2, 1, 60.

bei denen Civilprocefs, namentlich mit Popularklage, eintrat. Aus dem Civiljudicate „populo condemnari“ wäre jedenfalls civile Judicatsklage und manus iniectio möglich gewesen, natürlich nur für das Volk, nicht für den Popularkläger. Indessen scheint man auch hier die gewöhnliche Official-Execution der öffentlichen Geldstrafen angewendet zu haben. Stand die Pflicht zur Strafzahlung durch das Urtheil fest, so war der Sache nach kein Unterschied mehr da, und somit kein Grund die formellen Umständlichkeiten der Civilexecution eintreten zu lassen. In diesem Sinne ist die Tab. Bantina c. 2 in Uebereinstimmung mit den obigen Stellen zu verstehen:

> — praetor — iubeto eum si ita pareat condemnari populo; — si condemnatus erit, — praedes ad quaestorem det, aut bona eius publice possideantur, facito.

Und ebenso auch die Lex Mamilia c. 5:

> „si is unde ea pecunia petita erit condemnatus erit, (curator) eam pecuniam ab eo deve bonis eius primo quoque die exigito.

Der curator ist der Magistrat, der die Jurisdiction und iudicis datio über die Sache hat, dieser soll also selber die Vollziehung der Condemnation besorgen. Die Mittel der Execution sind nur im allgemeinen angegeben, „ab eo deve bonis eius,“ es sind natürlich die allgemeinen, namentlich schliefslich possessio und venditio bonorum[1]).

In allen Fällen von Execution durch bona publice possidere geschieht übrigens die venditio bonorum stets durch Verkauf des Vermögens im ganzen an sectores. Insofern tritt dann also auch hier wieder das Princip der indirecten Einziehung der Staatsforderungen ein. Ebenso wenn praedes gestellt sind.

3. Den Strafen nahe stehen die Forderungen des Staats aus einem vadimonium publicum. Angeklagte konnten die Verhaftung abwenden, wenn sie vades stellten. Diese mufsten, „sisti eum, pecuniamque, nisi sistatur, populo promittere[2]).“ Die Summe wurde, wenn der Angeklagte sich nicht stellte, von ihnen eingetrieben. In einem Falle, dem des Kaeso Quinctius vom J. 293[3]), wurden 10 vades gestellt, und jeden „tribus mil-

[1]) Vgl. auch Rudorff, röm. Feldmesser. 2, 247.

[2]) Liv. 3, 13.

[3]) Liv. 3, 13. Dion. 10, 8.

libus aeris obligarunt (tribuni)." Wie das Geld im Nothfalle eingetrieben wurde, ob durch Klage aus dem promittere, oder durch bona possidere, wie die Strafen selber, oder ob die vades wieder praedes stellen mufsten, wissen wir nicht. Livius sagt zwar in dem obigen Falle: pecunia a patre exacta crudeliter, ut divenditis omnibus bonis veluti relegatus viveret. Allein nach Dionys ist dies nur so zu verstehen, dafs der Vater alle seine Habe verkaufte, um den vades, die hatten zahlen müssen, ihr Geld wieder zu erstatten. In Ermangelung weiterer Angaben mufs man jedenfalls directe Eintreibung annehmen.

4. Ein vierter Fall von directer Eintreibung von Staatsforderungen ist der der L. 9 § 6. D. ad leg. Iul. peculatus. Wer Staatsgelder zu Staatszwecken in Händen hat und nicht dazu verwendet, wird nach der L. Iulia de residuis bestraft[1]). Wer aber Staatsgelder nach Beendigung einer Amtsverwaltung in Händen hat und sich dazu bei der Staatskasse bekennt (ad aerarium professus retinuerit), wird einfach als Schuldner des Staats behandelt (privatus eam pecuniam fisco debet, et ideo inter debitores fertur), dabei heifst es dann:

> eamque pecuniam ab eo is, qui hoc imperio utitur, exigeret, id est pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo.

Man hat darin den Beweis für die absolute Administrativ-Execution sehen wollen. Allein die angeführten Zwangsmittel sind nicht eigentlich Execution, sondern nur die Mittel, wodurch die Vornahme anbefohlener Handlungen, also hier die Herausgabe des vorhandenen Geldes, vom Widerspänstigen oder Säumigen erzwungen wird. Wie es aber gehalten wurde, wenn der Pflichtige casuellen Verlust des Geldes u. dgl. vorschützte, ist daraus nicht zu entnehmen. Es ist aber wohl kaum zu zweifeln, dafs er dann als „fisci debitor conveniendus erat," falls nicht Anklage de peculatu oder de residuis gegen ihn erhoben werden konnte.

[1]) Von der älteren Zeit sagt Asconius (ed. Orelli, p. 72): — remedia erant quaesita, — ut pecuniae publicae, quae residuae apud quemque essent, exigerentur.

[2]) C. de conveniendis fisci debitoribus (10, 2).

II.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, in welcher Ausdehnung die Uebertragung von Obligationsrechten des Staats auf Privatpersonen im ältern Rechte vorkam. Die weitere Frage ist nun, wie man sich diese Uebertragung rechtlich zu denken hat, in welchem Verhältnisse sie namentlich zu dem spätern Begriffe der Cession steht. Die Antwort ist nur durch eine specielle Untersuchung der einzelnen Fälle möglich.

Ich beginne mit dem Falle der Lex Iulia municipalis, weil sich grade darüber in dem Gesetze selber specielle Bestimmungen finden. Die Stelle ist oft besprochen, namentlich zuletzt von Dirksen[1]) und Göppert[2]), aber wie mir scheint, noch ohne vollständige Erklärung. Ich stelle die Worte des Gesetzes, soweit sie unsere Frage betreffen, voran, und zwar mit numerirter Scheidung der einzelnen Bestimmungen:

1. Quae viae in urbem Romam — sunt, quoius ante aedificium earum quae via erit, is eam viam — tueatur. —
2. Quemquumque ante suum aedificium viam — tueri oportebit, quei eorum eam viam — non tuebitur, eam viam aedilis — tuemdam locato.
3. Quamta pecunia eam viam locaverit, tamtae pecuniae eum eosve, quorum ante aedificium ea via erit, — quaestor urbanus — in tabulas publicas pecuniae factae referundum curato.
4. Ei, quei eam viam tuemdam redemerit, tamtae pecuniae eum eosve attribuito.
5. Sei is, quei attributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumeis, quibus — sciet adtributionem factam esse, ei, quoi adtributus erit, non solverit,
6. is, quamtae pecuniae adtributus erit, tamtam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, dare debeto,

[1]) Civilistische Abhandlungen. 2, 235—264.

[2]) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte. 4, 277—8. 290—1.

7. inque eam rem is, quoquomque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumve ita dato, utei de pecunia credita iudicem iudiciumve dari oporteret[1]).

Diese sieben Bestimmungen hängen in folgender Weise zusammen.

1. Zuerst legt das Gesetz jedem Hauseigenthümer die Pflicht auf, die Strafse vor seinem Hause zu pflastern und im Stande zu erhalten. Daran knüpft es:

2. Die Bestimmung, dafs, wo es nicht geschieht, der Aedil die Pflasterung besorgen, d. h. an dritte in Verding geben soll. Dafür wird aber:

3. Der Pflichtige auf Ersatz der Locationssumme gegen den Staat verpflichtet. Dies ist so ausgedrückt, der Quästor soll ihn „tantae pecuniae in tabulas publicas pecuniae factae[2]) referre." Dirksen und Göppert wollen hierin eine Novation durch Litteralcontract über die Strafsenbaupflicht sehen. Allein erstlich ist die Strafsenbaupflicht keine Obligation gegen den Staat, sondern eine allgemeine gesetzliche Bürgerpflicht, ein munus publicum, Polizeivorschrift, ähnlich wie wenn bei uns der Hauseigenthümer beim Glatteis zum Streuen verpflichtet ist. Eine Obligation entsteht daraus erst, wenn das Gesetz sagt, statt des Säumigen solle die Polizei das Pflastern oder Streuen besorgen und dann Ersatz von ihm fordern können. Wollte man aber die Baupflicht als Obligation auffassen, so ginge ihre Verwandlung in eine Geldschuld keinenfalls durch die Einschreibung in die Bücher vor sich, sondern wie bei jeder Ersatzpflicht durch die Nichterfüllung der obligatio faciendi und die Vornahme der Handlung auf Kosten des Säumigen. Ebenso wenig kann man sagen, die Ersatzpflicht selbst werde durch die Eintragung novirt. Nicht jedes Einschreiben einer Schuld in ein Buch ist ein Litteralcontract. Wir sind durch nichts berechtigt, die Rechtssätze, die sich im Privatverkehre bei den codices accepti und expensi gebildet haben, ohne weiteres auf die öffentlichen tabulae debitorum zu übertragen. Das in tabulas publicas referre ist eine reine Administrativ-Mafsregel der Finanzverwaltung, die die Obligation voraussetzt, aber privatrechtlich nichts daran ändert. In dieser Weise kommt es mehrfach vor, so in L. 9, §. 6. D. 48, 13:

[1]) Die Tafel hat „oportebit." Mommsen sagt dazu aber gewifs mit Recht: quod non puto recte posse defendi. Corp. inscr. p. 124.

[2]) Pecunia facta ist gleich mit nomen factum. cf. Mom. C. I. ad h. l.

> Cum eo, qui — pecuniam — ad aerarium professus retinuerit, non esse residuae pecuniae actionem, quia eam privatus fisco debet, et ideo inter debitores eum ferri,

ferner Lex Malac. c. 63 und 66:

> Quas locationes fecerit (duumvir), quanti locatum sit, — in tabulas communes municipii referantur facito [1]).
>
> Multas — dictas — in tabulas communes municipii referri iubeto (duumvir),

und dazu Tacit. ann. 13, 28:

> — neve multas dictas quaestores in publicas tabulas ante IV menses referrent, medio tempore contra dicere liceret,

auch Lex agraria a. 643. v. 46:

> — nomina mancupum — in tabulis publicis scripta habeto.

4. Der Staat verpachtet zwar den Strafsenbau, aber er zahlt die Locationssumme nicht wie sonst direct an den Redemtor [2]), sondern attribuirt ihm den säumigen Hauseigenthümer. Was bedeutet nun dieses „ei tantae pecuniae eum attribuito"? Attribuere aliquem alicui alicuius pecuniae heifst an sich weiter nichts, als Jemanden einem andern auf eine bestimmte Geldsumme zuweisen, d. h. ihn anweisen, das Geld dem andern zu zahlen, und diesen, es sich von ihm zahlen zu lassen. Es liegt darin an sich weiter nichts als die Ermächtigung für den einen, das Geld zu empfangen, für den andern, es gültig an ihn zu zahlen. Eine eigentliche Uebertragung des Rechts ist darin nicht enthalten. Weder ist der Attribut eigentlich verpflichtet dem Attributar zu zahlen, noch hat dieser ein Recht und Klage, ihn dazu zu zwingen. Beides mufs erst anderweitig hinzukommen, sei es durch Versprechen vom Attributen, oder durch mandatum agendi vom Attribuenten, oder durch besondere gesetzliche Bestimmung. Der Ausdruck ist bei den Juristen der Kaiserzeit, wo das mandatum agendi ausgebildet war und die Attribution in

[1]) Cf. L. 10 pr. D. 48, 13: — qui in tabulis publicis minorem pecuniam, quam quid venierit aut locaverit, scripserit.

[2]) Bei der Location des Pflasters vor öffentlichen Gebäuden sagt die Lex Jul. v. 48 selber: Quanta pecunia — via locata erit, tantam pecuniam quaestor — redemtori — dandam — curato. Fast wörtlich ebenso Cic. Phil. 9, 7; 14, 14. Vgl. auch Lex Puteolana 3, 14.

sich einschloſs, nicht mehr üblich, doch sagt wenigstens noch Gajus[1]), bei Erbtheilungen gehöre es zum „officium iudicis, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia, attribuat. Nec tamen haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut partim suo partim procuratorio nomine agat, sive — conveniatur.“ Natürlich gehört dazu dann erst ein wirkliches mandatum agendi.

Bei den Klassikern, besonders Cicero und Livius, ist der Ausdruck in der obigen Bedeutung aber sehr häufig, namentlich ist er bei allen Anweisungen auf Staatsgelder gradezu technisch[2]). Vielfach heiſst es dabei „pecuniam attribuere.“ Mommsen[3]) will danach unterscheiden debitorem und pecuniam attribuere, je nachdem die Anweisung an einen Schuldner oder einen Depositar geschehe. Doch möchte der Unterschied kaum durchzuführen sein. Cicero schreibt an Atticus[4]):

> Faberius si venerit, videbis, ut tantum attribuatur, quantum debetur.

Hier soll nicht etwa Faberius attribuirt werden, sondern dieser ist Cicero's Schuldner und will ihm seine Schuldner an Zahlungsstatt attribuiren. Atticus soll daher sorgen, daſs Faberius wirklich so viel attribuire, als er selbst schulde. Hier geht also das „tantum (i. e. tanta pecunia), attribuatur“ auf Schuldner, und nicht auf Depositare. Bei den Attributionen von Staatsgeldern, wo stets pecuniam attribuere gesagt wird, geschieht diese zwar häufig auf das aerarium, aber häufig auch auf Publicanen als Schuldner des Staates, so wenn es heiſst: dimidium ex vectigalibus eius anni attributum est[5]), oder: vectigal annuum attributum est[6]), und ebenso auch: pecunia publica, (ex vectigalibus attributa,) quum posita esset apud eas societates (publicanorum,) unde erat attributa[7]), wo die pecunia „posita“ doch schwerlich als „deposita“ zu nehmen ist.

[1]) In L. 3 D. fam. ercisc.

[2]) Lex Julia munic. v. 48. — pecuniam quaestor dandam attribuendam curato. Cic. Phil. 9, 7. — pecuniam attribuendam solvendamque curent (consules) 14, 14. — quaestores — pecuniam dare, attribuere solvere iubeant. Cic. Pis. 35. Verr. 2, 1, 13.

[3]) Römische Tribus. S. 48. n. 73.

[4]) Ad Att. 13, 2. Die Attribution kommt sonst noch vor ad Att. 13, 22; 15, 13; 16, 1. ad fam. 16, 24.

[5]) Liv. 44, 16.

[6]) Liv. 40, 46.

[7]) Cic. Verr. 1, 3, 70—71. §. 165.

5. Der attribuirte Hauseigenthümer soll binnen 30 Tagen, nachdem ihm die Attribution bekannt geworden ist, an den Redemtor zahlen. Die Bestimmung ist an sich klar, fragen kann man nur etwa: wer macht die Attribution dem Schuldner bekannt? Der Redemtor, wie bei der Cession, oder der Staat? Doch wohl der erstere, da blos einfache Kenntnifs gefordert ist, (quibus sciet, attributionem factam esse). Woher die 30 Tage? Der Gedanke an die 30 Tage des tempus iudicati, der condictio, der prätorischen venditio bonorum liegt nahe; ein speciëller Anhalt ist darin aber nicht enthalten. Kann der Attribuirte innerhalb der 30 Tage auch noch an seinen eigentlichen Gläubiger, den Staat selber, zahlen? Schwerlich, da die weiteren Folgen des Gesetzes einfach eintreten sollen, „si ei, cui attributus erit, non solverit."

6. Wenn die 30 Tage ohne Zahlung verflossen sind, so tritt nun die Bestimmung ein, dafs der Attribuirte, „quantae pecuniae attributus erit, tantam pecuniam et eius dimidium ei, cui attributus erit, dare debeto." Darin liegt dreierlei:

a) Der Schuldner mufs nun noch eine Säumnifsstrafe von 50 Proc. an den Redemtor zahlen.

b) Das „ei dare debeto" begründet nun eine eigentliche rechtliche obligatio ex lege für den attributus und den Redemtor, und zwar erstreckt sich diese ausdrücklich nicht blos auf die Strafe sondern ebenso auch auf die Hauptschuld, „tantam pecuniam (et eius dimidium) dare debeto." Dieses dare debeto ist also grade erst das rechtliche Moment, wodurch die blofse Attribution in eine wirkliche Obligation mit festem Rechte und Klage übergeht. Es wird damit nicht eigentlich das Recht des Staates als solches übertragen, cedirt, sondern nur der Schuldner auf den Betrag der Schuld gegen den Redemtor obligirt. Doch ist damit

c) zugleich auch das Aufhören der Obligation des Staates gegen den attributus begründet, insofern also eine Art Uebergang der Obligation des Staats auf den Redemtor herbeigeführt. Dies ist freilich nicht ausdrücklich gesagt, aber doch kaum zu bezweifeln. Wenn das Gesetz sagt, was der attributus dem Staate schuldig ist, das soll er von da und da an dem Redemtor zu zahlen schuldig sein, so kann dies nur mit Aufhebung des dem Staate schuldig seins gemeint sein, zumal da ja damit zugleich auch die Schuld des Staats gegen den Redemtor getilgt

sein soll, dieser also ein ganz festes und unwiderrufliches Recht haben mufs.

7. Den Schlufs macht die Bestimmung über die Klage des Redemtor: „praetor iudicem iudiciumque ita dato, uti de pecunia credita dari oporteret.“ Darin ist zweierlei enthalten: er soll überhaupt iudicium dare, und er soll es ita dare uti de pecunia credita.

a) Das iudicium dato hat hier offenbar einen anderen Sinn als das iudicium dabo im prätorischen Edicte. Das prätorische iudicium dabo enthält in der Regel die Einführung eines neuen materiellen Klagerechts. Es beruht auf der Eigenthümlichkeit der prätorischen Rechtsbildung, dafs der Prätor, weil er nur Amts- und nicht Gesetzgebungsgewalt hat, nicht direct erst Rechte einführen und dann zur Klage lassen kann, sondern dafs er Rechte nur indirect durch Aufstellung von Klagerechten ertheilen kann. Das prätorische Recht ist eben darum ein System von Klagen und nicht von Rechten.

Gerade umgekehrt ist das Civilrecht ein System von Rechten und nicht von Klagen. Die XII Tafeln und die späteren Gesetze geben, eben weil sie auf der vollen Gesetzgebungsgewalt beruhen, stets direct Rechte, nicht Klagen. Sie sagen dare debeto, dare damnas esto, ita ius esto, ius potestas esto, familiam habeto u. s. w. Dadurch wurden unmittelbar nur Rechte gegeben, aber die Klage war die natürliche Folge. Wer ein gesetzliches Recht hatte, hatte von selbst auch eine Klage. Wer ex lege ein ius hat, kann auch mit der legis actio sacramento klagen: ajo rem meam esse, te mihi dare oportere u. s. w. Die Legis Actionen sind nicht vom Gesetz besonders eingeführte Klagerechte, sondern nur einerseits Processarten, andererseits die Formulirungen für die Geltendmachung der Rechte, die man nach den Gesetzen hat[1]). Der gemeine Mann versteht es nicht, seine Ansprüche genau den Gesetzen gemäfs zu formuliren, darum wurden allgemeine feste Formeln dafür aufgestellt, aber nicht die Formeln gaben die Rechte, sondern die Rechte gaben die Formeln. Wenn Windscheid[2]) sagt: „man hatte ein Recht, weil man actio hatte, aber nicht

[1]) Sie waren nicht „legibus proditae“, sondern nur „ipsarum legum verbis accommodatae.“ Gai. 4, 11.

[2]) Pandecten, B. 1. §. 44. n. 6 a. E.

actio, weil man ein Recht hatte", so ist das für das Civilrecht ebenso unrichtig, wie es für das prätorische Recht richtig ist[1]).

In directem Widerspruche damit scheint es freilich zu stehen, wenn Ihering[2]) sagt, fast alle Klagen des älteren Rechts seien durch besondere Gesetze eingeführt, und sich dafür auf die vielen einzelnen Gesetze beruft, die Gajus für die Einführung der einzelnen Legis Actionen anführt. Aber sollte dabei nicht ein Mifsverständnifs zu Grunde liegen? Wenn Gajus von der manus iniectio sagt, sie sei ursprünglich nur für eigentliche Judicate gewesen, später aber durch vier Gesetze auch in vier anderen Fällen gegeben, so handelt es sich doch dabei nicht sowohl um Einführung neuer Klagerechte, als um Zulassung des Executionsprocesses der manus iniectio statt des gewöhnlichen sacramentum in den genannten Fällen. Die fünf Legis Actionen sind ja überhaupt nicht fünf actiones im späteren materiellen Sinne, sondern lediglich fünf Proceſsarten; das sacramentum ist der ordentliche Proceſs, die vier andern sind summarische Processe, namentlich Executiv-Proceſs. Die einzelnen materiellen Klagerechte mit ihren concreten bestimmten Formeln, die auch wieder legis actiones heifsen, mufs man sich natürlich darunter stehend denken[3]). Wenn Gajus (4, 13) sagt: „de quibus rebus ut aliter ageretur lege cautum non est, de his sacramento agebatur," so liegt darin, dafs man für jedes wirkliche gesetzliche Recht stets ganz von selbst die legis actio sacramento, natürlich mit gehöriger bestimmter Formel, hatte, und durch die besonderen Gesetze immer nur die besonderen beschleunigten Proceſsarten für besondere Fälle eingeführt wurden. Die Einführung der leg.

[1]) Leist (römische Rechtssysteme. S. 55) hebt mit Recht hervor, dafs das System des ius civile bei Sabinus auf die Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse gebaut ist, die Klagen aber gar nicht oder nur nebenbei berührt sind.

[2]) Geist des röm. Rechts. 2, 669.

[3]) Das zeigt die legis actio de arboribus (vitibus) succisis bei Gai. 4, 11. Dieser Doppelsinn des Wortes legis actio wird oft nicht beachtet. Bei Gajus bedeutet es fast nur die 5 Proceſsarten. Wenn aber Pomponius sagt, die Priester hätten die legis actiones gebildet aber geheim gehalten, durch das ius Flavianum und Aelianum wären sie bekannt geworden, so können darunter natürlich nicht die allgemeinen Formeln jener 5 Proceſsarten gemeint sein, die ja jedes Kind in Rom kennen mufste, sondern nur die concreten Formeln für die Klagen aus den einzelnen materiellen gesetzlichen Rechten.

act. per condictionem war nach Gajus ganz entschieden nicht Einführung eines neuen Klagerechts für pecunia certa, sondern nur Einführung einer neuen Procefsart für längst klagbare Forderungen[1]), ganz wie wenn bei uns der Mandats- oder Executivprocefs für gewisse Forderungen neu zugelassen wird. Allerdings konnte ein Gesetz bei Einführung eines neuen Rechts, z. B. einer Geldstrafe, zugleich auch eine besondere legis actio, d. h. Procefsart, dafür bestimmen, (so mag es z. B. bei der Lex Furia testamentaria gewesen sein,) allein dann beruhte auch hier nicht das Recht auf der legis actio, sondern die legis actio auf dem Rechte, denn ohne sie hätte man jedenfalls von selbst die leg. actio sacramento gehabt[2]).

Diesem allen entsprechend ist nun auch das „iudicem iudiciumque dato" in den späteren Gesetzen und namentlich in der vorliegenden Lex Julia zu verstehen. Es bedeutet nicht, der Prätor solle ein Klagerecht geben, sondern buchstäblich: der Prätor soll für das Recht, was das Gesetz durch sein dare debeto ertheilt hat, einen iudex geben und ein iudicium anordnen. Die letztere Bestimmung beruht darauf, dafs im Formularprocesse die Partei nicht mehr, wie bei den Legis Actionen, selber unmittelbar aus dem Gesetze die Klageformel aufstellen kann, sondern jetzt stets erst der Prätor den iudex durch formula anweisen mufs, das Recht des Klägers zuzuerkennen. Dazu wird der Prätor bei sorgsamer Fassung des Gesetzes ausdrücklich verpflichtet. Muther's[3]) Idee vom Rechte auf Ertheilung einer formula hat insofern hier ihre Berechtigung.

b) Der Prätor soll ein iudicium geben: ita, uti de pecunia credita iudicium dari oporteret. Was ist dies für eine Klage? Man könnte an condictio ex lege denken, denn unzweifelhaft ist hier „obligatio lege nova introducta", wie Paulus in L. un. de cond. ex lege sagt. Allein Paulus fügt bekanntlich hinzu: „si nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur." Dieses ist hier aber geschehen, man soll eine Klage haben, „uti de pecunia credita." Dirksen und Göppert nehmen danach einfach

[1]) „Quare haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento agere, valde quaeritur." Gai. 4, 20.

[2]) Eine weitere Erörterung der ganzen Frage würde hier nicht am Platze sein.

[3]) Muther, zur Lehre von der römischen Actio. S. 35 ff.

eine actio de pecunia credita an. Der erstere findet es dabei auffallend, dafs diese Klage hier ohne wirkliches Darlehn gegeben wird, der letztere erklärt es aus der Novation durch den Litteralcontract. Allein das Gesetz sagt ja nur, es solle ein iudicium gegeben werden, uti de pecunia credita dari oporteret. Darin liegt ja deutlich, dafs ein wirkliches creditum (re, verbis oder litteris) nicht angenommen wird. Der Gedanke ist also vielmehr folgender. Bei der Klage aus dem dare debeto auf die Locationssumme und den Strafaufschlag konnte man zweifeln, wie die Klage eigentlich zu behandeln wäre, ob als Locations- oder Strafklage oder wie sonst. Diese Zweifel werden dadurch abgeschnitten, dafs das „genus actionis, quo experiamur" bestimmt wird, die Klage soll so behandelt werden, wie wenn die ganze Summe pecunia credita wäre. Damit ist die Fassung der formula und alles Weitere gegeben[1]), namentlich auch, dafs der Kläger nun auch ein Recht auf sponsio tertiae partis hat, wie bei einer wirklichen condictio de certa pecunia credita.

So weit die Bestimmungen des Gesetzes selber. Fragt man schliefslich, von welchem rechtlichen Gesichtspunkte aus die angeordnete Uebertragung der Forderung des Staates auf den Redemtor aufzufassen ist, so ergiebt sich zunächst von selbst, dafs von einer Cession im späteren Sinne des Worts, von einem mandatum actionis oder einer utilis actio des späteren Rechts, gar keine Rede sein kann. Eine Klage wird überhaupt gar nicht übertragen. Die Klage, die der Redemtor hat oder bekommt, ist nicht eine übertragene Klage des Staats, sondern eine selbständige Klage aus dem Rechte, was er durch das dare debeto des Gesetzes bekommen hat. Das was übertragen ist, ist also eigentlich das Forderungsrecht selbst, was der Staat auf das Geld hatte. Diese Uebertragung geschieht aber nicht etwa durch einen Uebertragungsact eines Beamten, weil solche Acte legislatorische Natur hätten, sondern sie geschieht lediglich und unmittelbar durch die Bestimmung des Gesetzes selbst, also lege. Sobald die 30 Tage der Zahlungsfrist verstrichen sind, tritt das volle Obligationsrecht des Redemtor, so wie die Pflicht des Attributen, nach dem Gesetze ganz von selbst ipso iure ein.

[1]) Ob mit formula fictitia lasse ich dahingestellt. Natürlich nicht mit Fiction vom alten condicere. Gai. 4, 33.

Unter den Begriff der Cession kann hiernach die Uebertragung in gar keiner Weise gebracht werden. Als eine einseitige Singularsuccession in die Obligation kann man sie auch nicht ansehen, da dann die einfache Attribution hätte genügen müssen, abgesehen davon, dafs darin ein Widerspruch mit der ganzen römischen Anschauung von der Obligation liegen würde. Man kann vielmehr nur den Standpunct der Delegation und Novation dabei einnehmen. Die Uebertragung ist eigentlich nichts als eine gesetzliche Delegation. Wie dort die Novation durch neuen Vertrag zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger herbeigeführt wird, so wird sie hier unmittelbar durch die gesetzliche Bestimmung bewirkt. Andererseits ist aber die Beziehung zur Cession auch nicht zu verkennen. Wie im Privatverkehre die leichtere und bequemere Cession die schwerfälligere Delegation zurückdrängte, so wurde auch bei der Uebertragung der Staatsobligationen die alte gesetzliche Delegation durch das mandatum actionis und die actio utilis entbehrlich gemacht. Dafs die letztere aus jener Delegation hervorgegangen und eine Nachbildung derselben gewesen sei, läfst sich nicht sagen, wohl aber dafs, weil sie die Weitläufigkeiten des mandatum actionis entbehrlich machte, sie damit die unmittelbare gesetzliche Uebertragung der Obligation in neuer moderner Form wieder herstellte. Das Nähere darüber mufs einer genaueren Geschichte der actio utilis vorbehalten bleiben [1]).

Bei den übrigen Fällen von Uebertragung der Staatsobligationen, finden sich leider keine so genaue Bestimmungen wie in dem Falle der Lex Iulia. Auch scheint es bedenklich, bei der Specialität dieses Falles Consequenzen aus demselben für die andern zu entnehmen. Indessen

[1]) Hier nur beiläufig, dafs der neueste Versuch, die a. utilis des Cessionars aus dem pignus nominis abzuleiten, (Salpius, Novation. 411) auf einem offenbaren Mifsverständnisse der zu Grunde gelegten l. 8 C. 4, 39 beruht. Diese sagt: Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed — utilis — exemplo creditoris persecutio tribuitur. Dies versteht Salpius so, als ob der Käufer zur Einklagung des nomen selber, also der geschuldeten Sachen, eine utilis actio exemplo eius, cui nomen pignori datum est, habe. Allein die „res obligatae" sind ja nicht die geschuldeten, sondern die für die Schuld verpfändeten Sachen. Die Stelle sagt daher: Wer vom Gläubiger nicht das Pfand, sondern das nomen mit dem Pfande kauft, bekommt kein Eigenthum an dem Pfande, wohl aber utilis hypothecaria auf dasselbe, exemplo des Pfandgläubigers.

möchte wenigstens eine Consequenz doch nicht abzuweisen sein. Die Lex Iulia ist von Cäsar, alle andern Fälle sind früher, zum Theil viel früher. Wäre nun bei ihnen schon ein einfacheres Princip für die Uebertragung ausgebildet, also namentlich eine Uebertragung durch einen einfachen Beamtenact, so wäre kaum abzusehen, warum man dieses ältere Princip nicht einfach auch hier angewendet hätte. Die Frage ist nur, wie man die Sache in den andern Fällen früher gemacht hat.

Dem Falle der Lex Iulia am nächsten verwandt ist eigentlich der von der Relocation nicht gehörig gelieferter Bauwerke u. dgl. an einen zweiten Redemtor. Da indessen dabei, wie oben bemerkt, nicht einfache Attribution, sondern praedum venditio eintritt, so kann darauf erst weiter unten eingegangen werden. Hier nehme ich zunächst den Fall der Steuern. Bei diesen findet sich die Uebertragung in doppelter Weise, beim aes hordearium und bei der Steuerverpachtung. Bei beiden heifst es, der Soldat wie der Publikane habe pignoris capio zur Eintreibung der Steuer. Beim Soldaten aber wird gesagt[1]), sie sei „introducta moribus rei militaris", bei den Publikanen, sie sei ihnen „lege ... toria data". Wie ist dies zu deuten?

Beim aes hordearium ist zunächst das aufser Zweifel, dafs ein Gesetz die Sache nicht geordnet hat. Das Gesetz konnte den Wittwen die Pflicht zum aes hordearium natürlich nur im allgemeinen auferlegen, und die Specialattribution höchstens im Principe aussprechen. Die wirkliche einzelne Attribution konnte natürlich nur im einzelnen durch Beamte geschehen. Sie war dann hier wie in der Lex Iulia nichts als Anweisung zur Zahlung. Erfolgte diese nicht, so hatte der Soldat dem Gesetze nach kein Recht und Klage gegen die attribuirte Wittwe; eben darum aber half er sich gewohnheitsmäfsig selber durch pignoris capio. Diese ist also weder als procuratorische für das Volk zu denken, noch als vom Volke cedirte, sondern einfach als eine selbständige in eigenem Namen. Eben darum schliefst ihre Einführung aber auch ein doppeltes Moment in sich, das Recht und die Klage. Während in der Lex Iulia das dare debeto und das iudicium dato selbsständig hinter einander ausgesprochen sind, fafst die Gewohnheit einfach beides zusammen. Der

[1]) Gai. 4, 26 — 28.

Soldat gewöhnt sich, die attribuirte Zahlung nicht nur anzunehmen sondern auch fordern zu können, und falls sie nicht geleistet wird, durch pignoris capio zu erzwingen. Das pignus mufste mit einem Zuschlage ausgelöst werden, auch dabei liegt wohl der Vergleich mit dem Strafaufschlage der Lex Iulia nahe.

Beim Zollpächter liegt die Sache etwas anders. Die Steuerpflicht wird zunächst durch das Steuergesetz stets direct gegen das Volk begründet, wie Gajus sagt: „adversus eos, qui aliqua lege vectigalia (populo Romano) deberent", und wie es noch in der Lex agraria vom J. 643 (v. 83. 87.) heifst „scripturam populo dare debeto" oder „is populo dare debeat." Das Volk verkauft jedoch sein Recht durch den Censor an den Zollpächter. Die Frage ist daher, was eigentlich durch diesen Verkauf verkauft und übertragen wurde. Degenkolb[1]), der genauer auf die Frage eingeht, sagt: actio könne nicht übergehen, weil der Staat keine habe, denn der Steueranspruch sei publicistischer Natur mit Executivbefugnifs, höchstens lasse sich eine Verwandlung der exactio, d. h. der Executivbefugnifs des Staats, in eine civilrechtliche actio des Steuerpächters annehmen; Beweis dafür liege aber nicht schon in den iudicia der Steuerpächter in der Lex agraria, da die civile Form über das Wesen der Administrativjustiz nicht entscheide; jedenfalls müfsten die Zollpächter neben der actio auch noch irgend welche Executivbefugnifs gehabt haben.

Der von mir bisher hier eingenommene Standpunkt führt zu einer etwas anderen Auffassung. Ich erkenne eine besondere publicistische Obligation nicht an. Die einzelne Steuerforderung des Staates ist an sich eine reine Obligation ex lege. Sie ist nur grade die, bei der der Staat ein Administrativ-Executionsrecht am wenigsten entbehren kann. Dadurch wird aber das Recht an sich nicht anders. Der Staat hat daher an sich auch für die Steuer eine actio; er braucht sie nur selten, wohl aber unter Umständen[2]). Ob die Uebertragung der Steuerforderung auf einen Privatmann, namentlich einen Steuerpächter, als Cession der Klage oder Uebertragung des Rechts aufzufassen ist, hängt von der allgemeinen Behandlung des Cessionsrechtes überhaupt ab. Keinenfalls folgt aber

[1]) Die Lex Hieronica. S. 97—99. 135—142.

[2]) Vgl. oben S. 4.

aus dem Executionsrechte des Staats schon ohne weiteres, dafs auch der Erwerber der Steuerforderung Executionsrecht haben mufs. Nur versteht es sich, dafs es bei allgemeiner Steuerverpachtung im Interesse des Staats liegt, dem Pächter Executionsrecht durch Gesetz zu geben, weil der Staat dann natürlich leichter und besser verpachten kann.

Im alten römischen Rechte, welches noch keine Klagen-Cession kennt, wird durch die Steuerverpachtung weder actio noch exactio übertragen, noch exactio zur actio gemacht, vielmehr mufs man davon ausgehen, dafs, wie es in der Lex agraria stets heifst, „vectigalia fruenda locantur venduntur". Der Pächter bekommt den Genufs der Steuern, d. h. das Recht sie einzuziehen. Vermittelt wird dieses zunächst durch nichts anderes als durch eine attributio, die Steuerpflichtigen werden angewiesen, ihm zu zahlen. Wenn sie aber nicht in Güte zahlen, — nun dann „lege ... toria data est pignoris captio publicanis vectigalium[1])". Was ist dies für ein Gesetz? Mommsen[2]) meint lex praediatoria. Huschke[3]) wendet dagegen ein, diese sei „hinc plane aliena", und restituirt „Plaetoria". Wohl ohne genügenden Grund. Denn da die Publikanen stets praedes stellen mufsten, bezieht sich das ius praediatorium auch auf sie. Allerdings betrifft es an sich nur das Verhältnifs des Staats zu den Pächtern und ihren praedes, nicht das der Pächter zu den Steuerpflichtigen. Allein wenn die Pächter praedes stellen mufsten, so mufsten sie doch auch sicher sein, dafs sie die Steuern eintreiben konnten, somit kann eine lex praediatoria auch wohl darüber Bestimmungen enthalten haben. Wichtiger wäre eigentlich die Frage, wie es vor diesem Gesetze, wie dieses auch heifsen mochte, war. Steuerrückstände sind doch gewifs von jeher vorgekommen. Welche Hülfe hatten da früher die Pächter? Halfen sie sich etwa wie die Soldaten „moribus", durch pignoris capio? oder mufsten sie förmliche actio anstellen? und wie begründeten sie dann aus der blofsen attributio das dare oportere? War also die pignoris capio überhaupt die erste Rechtshülfe, die sie bekamen? oder war es blos eine Erleichterung der früheren? und welche war dies? — Ich wage auf diese Fragen keine Antwort.

[1]) Gai. 4, 28.

[2]) Stadtrechte von Salpensa und Malaga S. 474. n. 44.

[3]) In der Iurisprud. anteiust. p. 273. n. 38.

Jedenfalls war mit der Ertheilung der pignoris capio hier dasselbe Resultat herbeigeführt, wie bei dem aes hordearium. Die Ertheilung derselben kann offenbar nicht aufgefafst werden, wie die Ertheilung der utilis actio bei der spätern Cession, wo das Recht an sich beim alten Gläubiger bleibt, sondern dem Pächter wurde dadurch wie bei den Soldaten ein festes Recht auf die Steuern gegeben, welches er durch die pignoris capio nur zur Geltung brachte. Ob das in der Lex .... toria ebenso bestimmt ausgesprochen war, wie in der Lex Julia, lasse ich dahin gestellt. Dafs es aber der Sache nach so war, dafür sehe ich einen Beweis in der Lex agraria, wenn hier das dare debet und oportet fortwährend gleichmäfsig auf das Volk und die Publikanen bezogen wird. Einerseits heifst es [1]): ne quid populo aut publicano detur exigaturve, — populo aut publicano dare debeto, — ne quid populo neve publicano dare debeto, auf der andern [2]): cui publicano ex hac lege pecunia debebitur, — quae publicano dare oportet, — si publicanus sibi dari oportere dicat. Dieses dare debet und oportet mufs hier grade ebenso vollständige Civilobligation begründen wie in der Lex Julia. Auch soll die Verbindung „populo aut publicano" offenbar nicht bedeuten, dafs der Pflichtige beiden zugleich schuldet, sondern sie bezieht sich auf die allgemeine Steuerpflicht gegen den Staat und die concrete Zahlungspflicht gegen den Publicanen, und eben darum wird, wo es sich nur um die letztere handelt, auch nur der letztere genannt [3]).

Unter diesen Umständen sehe ich auch keinen Grund, den Recuperatorenprocefs, der in v. 36—42 für die Steuerforderungen der Publikanen angeordnet ist, nicht als eine „iusta lis" anzuerkennen, sondern für ein Administrativverfahren zu erklären. Mommsen [4]) und nach ihm Degenkolb [5]) wollen dieses, weil der Steueranspruch publicistischer

[1]) v. 19. 20. 26. 83.

[2]) v. 36. 85.

[3]) Man darf dabei auch nicht etwa an das agere pro populo denken. Dies hätte nur zu einem condemnari populo führen und dem Volke die actio iudicati geben können. Ein procurator in rem suam ist bei der legis actio auch pro populo nicht möglich.

[4]) Corp. inscr. p. 94, ad v. 33.

[5]) Lex Hieronica. S. 97.

Natur sei, und die Form civilrechtlicher Procedur nicht über das Wesen der Administrativjustiz entscheiden könne. Die Stelle ist sehr zerstückelt und die Restitutionsversuche sind sehr widersprechend. Sicher sind indessen folgende Sätze:

Quoi publicano ex hac lege pecunia debebitu[*r* . . .
. . . darive oportere de[*icat* . . .
. . praetor prove praetore, quo in ious adierint . . .
. . [*recuperatores ex ci*]vibus L, quei classis primae sient, XI dato . . .
. . quae res soluta no[*n sit inve iudicio*] non siet iudicatave non siet . . .
Si ei maior pars eorum recuperatoru[*m* . . .] id sententia . . .
. . . utei is, quei iudicatus erit dare oport[*ere, solvat* . . .

Wir sehen also hier nach dem dare debeto des Gesetzes die pecunia quae debetur, und dafür Prätor und in ius adire, Geschworne und sententia, intentio dari oportere und exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae, endlich Judicat dari oportere und Execution. Warum soll dies alles Administration und keine Justiz sein? Das entscheidende sind mir die Geschwornen und die Rechtskraft. Wo Geschworne entscheiden und ihr Urtheil Rechtskraft erlangt, da ist nicht blos civilrechtliche Form sondern wirkliche Justiz und keine Administration, denn da ist Willkür wenigstens formell ausgeschlossen, und darauf kommt es am Ende doch eigentlich nur an. Dafs die Beamten etwas andere sind als sonst, die Geschwornen anders gewählt werden, das Verfahren auch sonst vielleicht abweicht, hebt den Begriff der Justiz nicht auf, denn „Ausnahmegerichte und aufserordentliche Commissionen" gehören doch immer noch zur Justiz. Dazu kommt die Notiz bei Gajus[1]), dafs an die Stelle der pignoris capio bei den Publikanen nach der Aufhebung der Legis Actionen eine actio mit formula fictitia getreten sei, und zwar dahin: ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. Ob dieses, wie Rudorff[2]) meint, grade die Klage ist, von der die lex agraria spricht, mag dahin gestellt bleiben, jedenfalls sieht man daraus, dafs für die Publikanen eine Klage wegen der Steuer möglich war. Zwar geht die Klage nicht direct auf die Steuer, sondern auf die alte Einlösungssumme des Pignus,

[1]) Gai. 4, 32.

[2]) Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissensch. 10, 76. n. 53.

also mit auf Strafe, allein dies heifst doch der Sache nach nichts anderes, als: er braucht nicht zu pfänden, sondern kann, wenn nicht gezahlt ist, sofort auf die Steuer und die Strafe klagen.

Einen weiteren Beweis giebt auch das judicium in quadruplum, was Verres für die Sicilischen Steuerpächter gegen die Pflichtigen aufgestellt hatte. Cicero[1]) wirft ihm zwar vor, es sei ein reines Scheingericht: quum verbo iudicium sit in edicto, re quidem vera tuorum comitum collusio cum decumanis, — tamen audes illius iudicii mentionem facere. Allein er erkennt es doch der Form nach als iudicium an im Gegensatz zu dem Administrativzwange, den Verres daneben den Sicilischen Magistraten gegeben habe: Si iudicio a me vis exigere, remove Siculum magistratum; si hanc vim adhibes, quid opus est iudicio?

Nach allem scheint mir die Möglichkeit einer eigentlichen Klage bei Steueransprüchen aufser Zweifel zu sein. Degenkolb erkennt es auch eigentlich an, er will am Ende nicht „die actio überhaupt, sondern nur ihre Ausschliefslichkeit bezweifeln", weil ohne Executivrecht der Steuerpächter der Defraude zu sehr Thor und Thür geöffnet wäre. Dies ist unbedenklich zuzugeben. Wir wissen zwar über dieses Executivrecht nichts genaues, doch hat Degenkolb selbst die Spuren davon überzeugend aufgewiesen.

Am schwierigsten und zweifelhaftesten ist das Verhältnifs beim Verkaufe der Staatsforderungen, namentlich bei der praedum venditio. Die Quellen sind hier am dürftigsten. Wenn man indessen diesen Fall in Verbindung mit den übrigen bisher besprochenen auffafst, so will es mir scheinen, als ob die Behandlung im wesentlichen dieselbe gewesen sein müfste. Der Verkauf von Forderungen kann ebensowenig Klagen-Cession begründet haben, wie die anderen Uebertragungsgründe. Man mufs sich die Sache daher auch hier ähnlich vermittelt denken wie in den obigen Fällen. Der Verkauf begründet zunächst nur eine Attribution der praedes als Schuldner an den Käufer. Zahlen sie, so ist die Sache zu Ende. Zahlen sie nicht, und wahrscheinlich war dafür auch hier eine bestimmte Frist gesetzt, so trat auch hier, wie in der Lex Julia, ein Strafaufschlag ein, und damit zugleich ein festes Recht des Käufers, die Hauptsumme

[1]) Verr. 2, 3, 13.

nebst dem Aufschlage zu fordern und einzuklagen, event. sich an die praedia zu halten. Das ganze hatte in einem Gesetze, der Lex praediatoria, und dem darauf beruhenden ius praediatorium seine allgemeine gesetzliche Grundlage und wurde im einzelnen durch die jedesmalige lex de praedibus vendendis, näher normirt. Zimmermann[1]) u. a. wollen zwar unter der Lex praediatoria eben wieder nur diese lex praedibus vendendis verstehen, doch halte ich dieses nach den Worten des Stadtrechts von Malaga c. 64 für unmöglich:

> dum eam legem — dicant, quam legem eos, qui Romae aerario praeerunt, e lege praediatoria praedibus vendendis dicere oporteret, —

Dieses „legem Romae e lege praediatoria dicere" scheint mir entscheidend, und die Construction „legem praedibus vendendis dicere e lege praediatoria praedibus vendendis", die Zimmermann vorschlägt, ein unerträgliches idem per idem.

Der directe Quellen-Beweis für die obige Auffassung ist freilich bei der Dürftigkeit der Quellen etwas fragmentarisch. Die Hauptstelle ist das c. 65 des Stadtrechts von Malaga. Hier wird unter der Rubrik:

> Ut ius dicatur e lege dicta praedibus et praediis vendendis.

folgendes bestimmt:

> Quos praedes quaeque praedia — IIviri — vendiderunt, de iis quicunque iure dicundo praeerit — ita ius dicito iudiciaque dato, ut ii, qui eos praedes ea praedia mercati erunt, — de iis rebus agere easque res petere persequi recte possint.

Die Stelle ist verschieden gedeutet, ich stelle sie in Parallele mit den Worten der Lex Julia:

> — iudicem iudiciumque ita dato, uti de pecunia credita dari oporteret.

Das Recht auf die Forderung des Geldes wird hier wie dort vorausgesetzt, die Beamten werden nur angewiesen, dem Berechtigten „ius" oder „iudicem iudiciumque" zu geben, dort speciell „uti de pecunia credita", hier, wo praedes und praedia sind, nur allgemein „ut agere petere persequi recte possit." Es ist hier wie dort weder an eine cedirte Klage zu denken, noch an Ertheilung eines neuen materiellen Klagerechts, son-

[1]) De notione cautionis praedibus praediisque p. 46.

dern die Beamten werden nur angewiesen, das iudicium für das gesetzlich vorhandene Recht zu gewähren. Die Verbindung „de iis rebus agere easque res petere persequi“ ist nur Häufung der Ausdrücke, um alle möglichen Fälle zu umfassen, wie es constante Formel im ganzen Stadtrecte von Malaga, und auch dem von Salpensa, ist:

deque ea pecunia actio petitio persecutio esto,

während andere frühere Gesetze nur petitio esto oder actio petitio esto haben. Will man trennen, so müfste man etwa agere auf die praedes, und petere persequi auf die praedia beziehen. Keinenfalls ist es zulässig, mit Zimmermann (p. 50) wegen des petere alle drei Ausdrücke auf Vindication zu beziehen, und daraus zu folgern, dafs der Käufer Eigenthum habe und einklage, und zwar nicht nur an den praedia, sondern auch an den bona der praedes.

Ergänzend schliefst sich die Stelle von Cicero über die causa Juniana an. Dort war es nicht zur Klage gekommen, die praedes hatten freiwillig gezahlt; Rabonius, der zweite Redemtor, und als solcher auch der emtor praedum, hatte aber einen Theil der Zahlung als Beute an den Verres ablassen müssen. In diesem Sinne sagt Cicero [1]): „ipsius Rabonii tabulae praedam illam istius (Verris) fuisse clamant. Recita nomina Rabonii“. Weiteres würde sich vielleicht aus der schon oben S. 33 berührten Stelle der Lex agraria über die Domänen-Verkäufe entnehmen lassen, wenn wir sie vollständiger hätten. In ihrer jetzigen Gestalt bietet sie nur ein weites Feld für Conjecturen, von deren Ausführung ich Abstand nehme.

Der letzte Fall ist der der sectio bonorum, d. h. wenn der Staat ein Privatvermögen im Ganzen, also mit den dazu gehörigen Obligationsrechten, erwirbt und ebenso wieder verkauft. Die ältesten Fälle der Art sind bei der publicatio bonorum und bei der Criminal-Execution durch bona possidere. Später kommen auch die Proscriptionen der Sullanischen Zeit hinzu, noch später auch die dem Staate angefallenen Erbschaften. Ueberall entsteht gleichmäfsig die doppelte Frage: wie gehen die Forderungen des betreffenden Vermögens auf den Staat über, und wie gehen sie vom Staate auf den Käufer, den sector, über? Man nimmt in der

[1]) Verr. 2, 1, 57 i. f.

Regel Universalsuccession als Vermittlung an; gewifs mit Recht, aber allerdings ohne Beweis, weshalb es von Rudorff[1]) bestritten ist. Der Beweis läfst sich aber ziemlich vollständig führen.

Die Hauptfrage ist, wie man sich den Uebergang von Rechten und Schulden rechtlich begründet denken soll. Das bloſse imperium der Magistrate reichte dazu nicht aus. Dieses konnte wohl utiles actiones in der späteren Zeit geben, aber nie directe Succession, und ohne diese war keine legis actio für die Rechte und Schulden möglich. Directe Succession konnte für den Staat wie für den sector nur durch ein Gesetz (lege) begründet werden. Allein daran fehlte es hier auch nicht. Den Ausgang bilden die s. g. leges sacratae. Festus[2]) definirt diese im allgemeinen als solche, „quibus sanctum est, qui adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque". Der Begriff reicht in die Urzeit zurück. Was indessen das „cum familia pecuniaque" bedeute, zeigt sich deutlich in der historischen Zeit, zunächst in der wichtigsten der leges sacratae, der Lex Valeria Horatia vom J. 306, worin es heifst[3]): „ut qui tribunis plebis — nocuisset, eius caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris venum iret." Sacration des Vermögens ist danach eigentlich nichts anderes als publicatio und venditio bonorum zu sacralen Zwecken[4]). Als Gegenstand beider und insbesondere auch des Verkaufes ist dabei ganz direct „familia pecuniaque" bezeichnet. Dafs dieses in einem Gesetze, was gleich nach den XII Tafeln gegeben ist, nichts anderes als ganz direct das Vermögen in seiner Einheit also mit Universalsuccession bedeuten kann, bedarf keines Beweises. Jede auf Grund dieses Gesetzes vorgenommene familiae venditio mufste damit den familiae emtor ebenso zum Universalnachfolger machen, wie den familiae emtor beim Testamente. Im Gegentheile war die Succession hier, wo sie auf festem Gesetze beruhte, noch unzweifelhafter als beim Testamente, wo sie erst durch künstliche Interpretation in die mancipatio hereingezogen wurde. Eine Anwendung des Gesetzes erzählt Dionys (10, 42) vom J. 299 bei der Verurtheilung mehrerer Patricier wegen Angriffe auf die Tribunen.

[1]) Zu Puchta's Institutionen. Bd. 3. §. 327. not. *n*.

[2]) Festus, v. sacratae.

[3]) Liv. 3, 55.

[4]) Dion. 11, 45 giebt daher auch blos *δήμευσις τῆς οὐσίας* bei der L. Valeria an.

Er sagt, die Tribunen hätten nicht auf die Todesstrafe antragen wollen, sondern nur „*τὰς οὐσίας αὐτῶν ἱερὰς εἶναι Δήμητρος,*“ die Patricier hätten dann aber nach der Ausführung des Urtheils die Vermögen der Verurtheilten von den Käufern wieder zurückgekauft und den Verurtheilten restituirt: *τοῖς ἀνδράσι τὰς οὐσίας οἱ πατρίκιοι παρὰ τῶν ὠνησαμένων ἐκ τοῦ δημοσίου τῆς ἴσης λυσάμενοι τιμῆς ἀπέδοσαν.* Offenbar gehört hier *παρὰ τῶν ὠνησαμένων ἐκ τοῦ δημοσίου* zusammen und bedeutet: ab iis qui e publico emerant[1]).

In demselben Sinne sind natürlich auch die übrigen Leges sacratae, die wir kennen, zu verstehen, so die Lex Valeria vom J. 245 „de sacrando cum bonis capite eius, qui regni occupandi consilia inisset[2]);“ dann die Lex Licinia vom J. 261 nach der ersten Secession[3]), die Livius einfach nur als sacrata bezeichnet, bei deren Inhalt Dionys aber speciell wieder das *χρήματα Δήμητρι ἱερά* angiebt; dann die Lex Icilia vom J. 262, die Dionys[4]) speciell wieder mit dem *τὰ χρήματα ἱερὰ ἔστω* anführt.

Der letzte Fall, wo bei der publicatio bonorum die Beziehung zur Consecration und speciell zur Ceres besonders hervorgehoben wird, ist der von Spurius Cassius. Livius und Dionys erzählen hier[5]), es sei eine Sage, „patrem necasse peculiumque filii Cereri consecravisse,“ doch sei es „propius fidem“, dafs die Verurtheilung vom Staate erfolgt sei, wobei Dionys sagt: *τὰ χρήματα τὸ κοινὸν ἀπέλαβεν, ἐξ ὧν ἀνέθηκε — τῇ Δήμητρι χαλκέους ἀνδριάντας.*

Bei den späteren Vermögens-Einziehungen und Verkäufen fällt die Beziehung zur Consecration weg, der Begriff an sich und seine rechtliche Behandlung und Wirkung blieben dieselben. Die Publikation des Vermögens geschah stets auf Grund eines Volksbeschlusses, einer lex[6]),

[1]) Schwegler, röm. Geschichte, 2, 604 will das *ἐκ τοῦ δημοσίου* zu *λυσάμενοι* ziehen, der Rückkauf sei „auf Rechnung des patricischen Kastens“ geschehen.

[2]) Liv. 3, 8.

[3]) Liv. 2. 33. Dion. 6, 89.

[4]) Dion. 7, 17. cf. Schwegler 2, 397—400.

[5]) Liv. 2, 41. Dion. 8, 79.

[6]) Beispiele s. Liv. 3, 58: bona Claudii tribuni publicavere. Liv. 4, 21: tribunus rogationem de publicandis bonis Servilii Ahalae tulerat. Liv. 25, 4: tribuni

und hatte daher stets die alte civile Wirkung. Wie sehr die lex als wesentliche Grundlage der venditio bonorum festgehalten wurde, sieht man daraus, dafs selbst Sulla bei seinen Proscriptionen den Verkauf der Güter durch ein Gesetz sanctioniren liefs. Cicero sagt darüber bei der Ermordung des Roscius[1]):

> Scriptum (lege Cornelia[2]) ita dicunt esse: „Ut eorum bona veneant, qui proscripti sunt, aut eorum, qui in adversariorum praesidiis occisi sunt.“

und fügt dann hinzu:

> Si lege (occisus est Roscius,) bona quoque lege venisse fateor, si autem — contra leges, bona quo iure, aut quo more, aut qua lege venierint, quaero.

Eher könnte man die gesetzliche Grundlage in den Fällen in Zweifel ziehen, wo die venditio bonorum zur Execution von Geldstrafen geschieht, also wie in dem Falle von Scipio u. a. Allein sie fehlte auch hier nicht, da ja die possessio und venditio bonorum stets in den Gesetzen angeordnet war[3]). Dies mufste hier dieselbe Wirkung haben, wie bei der unmittelbaren Confiscation.

Unter diesen Umständen kann kaum ein Zweifel sein, dafs wenn Varro[4]) unter den sechs Gründen, die „dominum legitimum faciunt“ neben hereditas, mancipatio, in iure cessio, usucapio, emtio sub corona, auch den anführt, „cum in bonis sectioneve[5]) cuius publice venit,“ dieses ganz buchstäblich zu nehmen ist. Die publicatio und venditio bonorum geben vermittelst ihrer Universalsuccession sowohl dem Staate als dem sector das volle dominium legitimum[6]).

plebem rogaverunt, plebesque scivit, bona Postumii venire, u. a. m. In einem Falle auch: Dictator iussit, quaestores vendere ea bona atque in publicum redigere. Liv. 5, 14.

[1]) Cic. pro Roscio Amer. c. 43.

[2]) Vergl. über dieses Gesetz Mommsen, Stadtrechte. S. 394. n. 13.

[3]) Z. B. in der Lex Acilia, v. 57. Tab. Bantina, v. 11.

[4]) De re rustica. 2, 10.

[5]) Dieses in bonis sectioneve venire bedeutet nur den Gesammtverkauf vom Staate, nicht den Einzelverkauf vom sector; denn dieser ist Privatverkauf und überträgt das Eigenthum nur in der gewöhnlichen Weise.

[6]) Rudorff a. a. O. bestreitet dieses zwar, Varro soll nur sagen, man könne

Wenn aber das Eigenthum auf diese Weise überging, so mufsten es nothwendig auch die Obligationen activ und passiv. Dafs der Käufer für die Schulden haftete, ist aufser Zweifel. Vom Verkaufe des Vermögens des T. Ann. Milo sagt Asconius[1]): bona eius propter aeris alieni magnitudinem semuncia venierunt. Und ähnlich sagt Cicero[2]) in Beziehung auf die Verurtheilung des vollständig verarmten Rabirius: Ecquis est ex tanto populo, qui bona Rabirii nummo sestertio sibi addici velit? — At hoc etiam optat miser, — ita bona veneant, ut solidum suum cuique solvatur. Dafs aber, wenn die Schulden übergingen, die Activa auch mit übergehen mufsten, versteht sich von selbst.

vom Sector sicher kaufen, weil er den Staat als Gewähren hinter sich habe; der Staat habe nur ein pignus an den bona, auch bei den Präscriptionen, der Sector kaufe nur diese Hypothek des Staats! Für welche Forderungen aber Sulla diese anticipirte kaiserliche Generalhypothek gegen seine Proscribirten gehabt haben sollte, ist schwer abzusehen.

[1]) Cic. Scholiastae, ed. Orell. 2, 54.

[2]) Cic. pro Rabirio Postumo. c. 17.

DIE LOOSSTÄBCHEN.

EIN

NACHTRAG ZU DEM „GERMANISCHEN LOOSEN 1853“

VON

G. HOMEYER.

Im December 1853 habe ich in der Akademie der Wissenschaften einen Vortrag über das „Germanische Loosen“ gehalten, der auch in den betreffenden Monatsbericht aufgenommen worden. Den Anlafs gab ein aus der alten insula Hythini, der Heðinsey der Sagen, jetzt Hiddensee, an der Westküste von Rügen, mir zugekommener Bericht über die noch jetzt dort waltende Weise des Loosens.

Sie zeigte mit dem Loosordal, durch welches nach der lex Frisionum t. 14 die Frisen zwischen Laubach und Fly bei einem homicidium in turba commissum den eigentlichen Todtschläger ermittelten, einen Zusammenhang, der mir gleich schlagend und wunderbar erschien. Schlagend, indem hier wie dort die von einem Zweige geschnittenen Stäbchen — tali, teni (plattd. tene) kaveln — das Looswerkzeug die sors bilden, durch deren Bezeichnung suo signo, mit der jedem angehörigen Marke, die Loosenden sich kund geben. Wunderbar wegen des unvermittelten Abstandes, der die Nordsee und die Ostsee und in noch höherem Mafse die Carolingische Epoche von der heutigen scheidet.

Jene Abhandlung suchte nun erstens Mittelglieder zwischen den beiden Erscheinungen zu finden. Das gelang nur halb und halb durch eine Combination altschwedischer Gesetze des 13. und 14. Jahrhunderts mit den isländischen Sagen und den altnorwegischen Gesetzen, indem jene das Zurechtschneiden von Loosstäbchen kennen, diese eine Bezeichnung des Looses mit der Marke der Loosenden bezeugen. Dadurch kürzte sich das Jahrtausend zwischen Carl und der Gegenwart um die Hälfte, und ward zugleich die räumliche Entfernung zwischen Friesland und Rügen um etwas unterbrochen.

Zweitens hatte ich emsig nach Gegenbildern zu der Hiddensee'schen Sitte in heutiger Zeit aufserhalb des abgelegenen Eilandes gesucht. Es war in zwei Fällen geglückt. Aus Föhr an der schleswigschen Küste kam die Kunde, dafs früher nach Erinnerung ganz alter Leute der jährliche Wechsel der Wiesenstücke durch hölzerne Täfelchen mit eingeschnittenen Hausmarken erfolgt sei. Der andre Fall lag noch näher und anschaulicher vor. Bei einem Besuche in dem, eine Meile von meiner Heimathsstadt, am Nordende der Insel Usedom gelegenen Bauerndorfe Peenemünde erfuhr ich, dafs vor der sog. Separation dort jährlich die Gemeindewiesen durch kleine mit den Hausmarken der einzelnen Höfe bezeichnete Stöckchen verkavelt worden seien. Sie liefsen sich aus der noch lebendigen Erinnerung des Schulzen und der Bauern leicht in der alten Form wieder herstellen, und ich konnte sie nebst den von Hiddensee gesandten der Akademie vorlegen und beim Abdruck des Vortrages in einer Bildtafel veranschaulichen.

Seitdem habe ich diese specielle Anwendung des reichen Instituts der Hausmarken nicht aus den Augen gelassen, und die verflossenen funfzehn Jahre haben auch neue Erscheinungen in solcher Zahl zu Tage gefördert, dafs ein weiterer Blick über die Natur, die Verbreitung und über die mannigfaltige Ausbildung der Sitte auf der gemeinsamen Grundlage sich eröffnet.

Ich gedenke zunächst derjenigen Funde, die einen sicheren Charakter an sich tragen und folge dabei der Richtung von West nach Ost.

Die erste Botschaft kam über das Meer, aber von alten sächsischen Stammesverwandten. Ich verdanke sie mehreren Aufsätzen des Herrn Benjamin Williams F. S. A. in der Archaeologia, publ. by the society of antiquaries of London, 4, über den manor of Aston and Cote, Kirchspiel Bampton, Oxfordshire. Die Ortschaft umfafst 16 hides (etwa eine Hufe), zu 4 yards, deren jede wiederum etwa 27 acres Land und einen Antheil an einer common meadow begreift. Im Vol. 33 v. J. 1849 p. 275 wird nun aus Giles history of Bampton die Benutzung der Allmendwiese erzählt. Sie ist dem Bestande des manor entsprechend in 16 feste layings out abgegränzt, deren jede in 4 sets zerfällt. Ebenso giebt es „from time

immemorial" 16 Zeichen, marks, im Dorfe, so dafs jedes für 4 yard-lands gilt. Deshalb haben mehrere Stellenbesitzer, tenants, dasselbe mark (wahrscheinlich mit kleinen Beizeichen), welches sie stets behalten und genau kennen. Ist das Gras reif, so werden die tenants versammelt „and the following ceremony takes place." Vier tenants treten vor, each bearing *his mark cut on a piece of wood.* Diese vier Zeichen werden in einen Hut geworfen und von einem Knaben gezogen. „The first drawn entitles its owner to have his portion of the common-meadow in „set one", the second drawn in „set two" etc., and thus four of the tenants having obtained their allotments, four others come forwards," und so fort, bis alle Stelleninhaber ihre allotments erhalten haben, worauf dann jeder seine Mark mit seiner Sense in das gewonnene Landstück einschneidet[1]).

Im Vol. 35 v. J. 1854 p. 471 fügt Williams hinzu, dafs dieses drawing the annual lots for the mowing ground bis zum vorigen Jahr (when the manor was inclosed) gebraucht wurde; er stellt die 16 Zeichen mit ihren üblichen Benennungen dar und bemerkt, dafs auch im Kirchspiel Puxton, Somersetshire, ähnliche Zeichen „are or were used in laying out the commonable lands."

Im Vol. 37 v. J. 1858 endlich giebt der Verf., dem nunmehr auch das „germanische Loosen" bekannt geworden, auf einer Tafel zu einem Aufsatz the land of Ditmarsh unter Fig. 7 zur Vergleichung mit den Zeichen von Hiddensee und Peenemünde zweie of the actual lotmarks des manor of Aston, welche aus cornus sanguineus geschnitten seien, und fügt auch Fig. 9 die 12 allotment-marks of the commonable land in the Dolmoor, Kirchspiel Puxton bei.

Die zweite Nachricht geht nach Deutschland zurück, aber über Altsachsen hinaus gleich in fränkisches Gebiet an die Grenze zwischen dem Ripuarischen und dem eigentlichen Lotharingien. Aus Masterhausen zwischen Castellaun und Beilstein am Hunsrück erhielt ich durch Simrock die reichhaltige Zuschrift eines Ungenannten über die dortige

[1]) Diese Eingrabung des Zeichens in das zugekavelte Wiesenstück fand auch früher in Peenemünde, auf Sylt und in Gr. Kleen bei Rostock statt. Und noch jetzt herrscht auch ohne solche jährliche Vertheilung ein Einpflügen des Hauszeichens in die Ackerstücke in vielen Gegenden des preufsischen Herzogthums Sachsen, z. B. im Mannsfelder Gebirgskreise.

Ortsverfassung des vorigen Jahrhunderts. Jedes Haus hatte seine besondre Marke, welche, den Gerichtsmännern wohl bekannt, zu gar vielen Dingen gebraucht wurde. Beim Vertheilen u. a. von Holz, Streusel etc. machte sich jeder Bürger ein kleines Hölzchen und schnitt seine Hausmarke darauf. Diese wurden in einen Hut gethan und nach einander herausgenommen. Der gütige Einsender hat 80 solcher Hausmarken mitgetheilt, doch nicht die wohl verschollene Gestalt der Stäbchen selber beschrieben.

Die folgenden Erscheinungen treffen in slavischer, aber seit Heinrich dem Löwen in einem Grade, von dem auch diese Nachrichten Zeugnifs geben, germanisirter Gegend zusammen, in dem zähen Mecklenburg.

Zunächst berichtete Lisch in den Mecklenb. Jahrb. XX. S. 132, 134 aus den Dörfern bei Dobberan. Im Dorfe Retschow wendet man die Hausmarken auch zu den Loosen an, die man Kaveln nennt. Dieser Gebrauch herrscht auch noch in Börgerende. Man nimmt runde Haselzweige, schneidet aus diesen Stöcke und schneidet in die Rinde die Hausmarke der Gehöfte; damit wird dann gekavelt, wenn z. B. die Wiesen verlooset werden. Die Abbildung eines solchen Schnittlings mit seiner Marke ist beigefügt.

Mittheilungen der HH. Consistorialrath Mejer, Cantor Kaven von 1857 und Stadtbaumeister Wachenhusen von 1868 ergeben, dafs in Grofsen-Kleen bei Warnemünde aufser sonstiger Anwendung der Hausmarken auch die Sitte lebendig geblieben, dafs man mit Hausmarkenstöckchen, die in einen Hut geworfen werden, looset, um Wiesenstücke, Hand- und Spanndienste bei Kirchenbauten, auch wohl gemeinsam angekauftes Holz etc. unter die einzelnen Gemeindeglieder zu vertheilen. Früher herrschte der Gebrauch auch in Lütten-Kleen, Elmenhorst und Diedrichshagen. Eine Probe solcher Stöckchen verdanke ich Herrn Wachenhusen.

Aus einem dritten, der Küste ferneren Gebiete desselben Landes, dem ehemaligen Bisthum Schwerin, kamen mir Beiträge zu, welche der Pastor Dühring durch die Schulzen der Dörfer Jürgenshagen und Selow eingezogen hatte. Dort wird bei der Vertheilung von Holz und Torf, bei der Leistung von Reisefuhren durch gemerkte Stäbchen geloost,

die ein für allemal bei den Schulzen sich befinden. Die mitgetheilten Proben sind beträchtlich dünner, als alle früher genannten.

Die reichhaltigste Auskunft gewann ich für mecklenburgisches Gebiet durch Böhlau's Hülfe aus dem weitgedehnten Kirchspiele Rövershagen östlich von Rostock, theils durch eine Notiz in Bd. VII. der Ztschr. f. Rechtsgeschichte S. 318, theils durch briefliche Mittheilung des H. Pastors Dolberg. Aus ihr ergänze ich noch Folgendes. Es sind acht Ortschaften: Over-, Mittel-, Niederhagen, Wiethagen, Hinrichshagen, Sandhagen, Sandberg, Torfbrücke — also sämmtlich deutsche Anlagen[1]) — in denen mit Hausmarken gekavelt oder gelottet wird, namentlich bei der Vertheilung der Wiesen, auch der Acker- und Kartoffelstücke, der Holzdienste, der Hofarbeiten, z. B. „sechs sollen mit den Ochsen haken, sechs dreschen, dann wird gelottet, wer diese, wer jene Arbeit übernehmen soll." Die genau nachgebildeten Hölzerchen mit ihren Zeichen, 120 an der Zahl, sind sämmtlich in meinen Händen.

Mit Mecklenburg ist der nachbarliche Theil von Pommern auch in Schicksalen, Sitte, Charakter nahe verwandt. Aus ihm stammten ja auch jene ersten Funde von Hiddensee und Peenemünde. Diesen haben sich noch einige in jüngster Zeit angereihet.

Im nordöstlichen Theile des Neuvorpommerschen Kreises Greifswald begegnet man noch häufiger eigentlichen Bauerdörfern im Gegensatze zu den sonst vorwiegenden „Höfen" und „Vorwerken". Hier am Rande des alten Ländchens Woztrose[2]) entdeckte der Eifer einiger Grofsnichten des Verfassers im Herbste 1867 unsre Stäbchen in zweien unweit der Cisa belegenen Dörfern. In Lodmannshagen fanden sie sich für jeden der

[1]) Die Endung auf „hagen" giebt hier, wie in Pommern stets eine deutsche Anlage, gegenüber den altwendischen Ortschaften kund.

[2]) Woztrose oder Ostrozna kommt urkundlich seit 1150 vor, Kosegarten Cod. dipl. Pomer. I p. 17, 47. Ich deute es mit Inselland. Denn das slavische ostrow, wustrow ist Insel, Werder; der Cisabach aber, der von der dänischen Wiek bei Neuendorf bis zur Peenebucht bei Hohendorf durchgeht, schneidet das nördliche Gebiet bis zum Meere wie eine Insel ab. Der Name lebt, am Schlusse verdeutscht, theils als Wusterhusener Ort für die ganze Woztrose, theils als Wusterhusen für das Kirchdorf, dessen hochgelegener Thurm eine weit sichtbare Seewarte bildet.

neun Bauerhöfe. Gebraucht wurden sie noch bis vor etwa 20 Jahren beim Kaveln über Gemeindefuhren, Pfarr-, Schul- und Wegebauten, so wie über den Besuch der Kirchspielsversammlungen. Zeichen und Stäbchen konnten noch hergestellt werden. Dabei ergab sich, dafs die Kavel des Schulzen zeichenlos blieb.

Im benachbarten Spiegelsdorf wird oder wurde unter den drei dortigen Bauern mit Hölzerchen gleicher Art gekavelt. Auch hier zeigt das des Schulzen keine Marke; von denen der beiden übrigen Bauern hat das eine die s. g. ganze Blässe, d. h. eine durchgehende Abschälung der Rinde auf 2 Linien Breite, das andre eine halbe Blässe.

Einen ähnlichen Fund wie an der Cisa bot fast gleichzeitig die schon oben gedachte Insel Usedom. Zu Neuhof nahe bei dem Seebade Heringsdorf, wird noch in gewissen seltenen Fällen, bei Vertheilung aufserordentlicher Reisefuhren, von den Vertretern der fünf Bauerhöfe mittels kleiner gemerkter Zweigstücke geloost, bei denen wiederum des Schulzeu Loosstück ohne „Hofmark“ bleibt. Wenig bedeutsam in sich, wie dieser Rest der alten Sitte hier sich zeigte, gab er mir doch einen neuen Belag zu der Verborgenheit, in welcher Volksgebräuche dieser Art sich zu hüllen lieben. Seit der ganzen Zeit, da ich auf die Hausmarken achte, bin ich wenige Minuten von dem Schulzenhofe angesessen, verkehre ich jährlich dort einige Wochen; dennoch habe ich erst nach 15 Jahren zufällig die Entdeckung gemacht und das nähere mühsam dem Schulzen abgedrungen.

Auf derselben Insel, in dem langgestreckten Caseburg, am Eingang des grofsen Haffs in die Swine, wo die zum Dorfe gehörigen Rohrpläne in 26 Nutzungsantheile zerfallen, wurde (1857) zwar jährlich um dieselben mit Stäbchen geloost. Aber römische Zahlen hatten auf ihnen die Stellen der Hausmarken eingenommen, vielleicht auf Anordnung desselben Beamten, der die Analphabeten anwies, statt der Unterzeichnung mit ihren individuellen Hausmarken, die unterschiedslosen drei Kreuze zu ziehen.

Ein letztes sichres Beispiel des Gebrauchs gab mir Hr. Pastor Telle zu Lunow bei Oderberg durch die Mittheilung (März 1868): „in unsern Niederoderbruchsdörfern sind die Hauszeichen noch ganz allgemein in Gebrauch. Auch hat man sich bei Ausloosung der „Kaveln“ der Stäbchen

bedient, von welchen ich ein Exemplar, wie sie hier und anderswo an Ort und Stelle gleichmäfsig gemacht wurden, beigelegt habe". Das Stäbchen ist halb der Länge nach durchgeschnitten, die Marke auf der Schnittfläche eingegraben.

Die bisherigen für sich klaren, mit den frühern Mittheilungen wesentlich stimmenden neuen Auffindungen bieten schon eine bedeutende Erweiterung ihres äufsern Bereiches. Ihnen habe ich noch andre, an sich interessante aber nicht hinlänglich bestimmte Nachrichten anzureihen.

1. Das erste Zeugnifs bedarf eines erläuternden Vorwortes.

Unter den zahlreichen Anwendungen des Loosens begegnen wir auch der frühern Sitte, wonach Gewerbtreibende, namentlich auch Handelsleute, die Plätze, an denen sie ihre Waaren ausstellen, von Zeit zu Zeit unter sich verloosen. Ich habe schon in der obigen Abhandlung S. 16 eine dahin bezügliche Vorschrift der schottischen Gesetze des 12. Jahrh. gegeben, wonach ein stallangiator non potest habere *lot, cut* vel *cavel*... de aliquo mercimonio cum burgensi, nisi infra nundinas, was ich nunmehr mit Jamieson dictionary dahin deute, dafs die Fremden, die nur aus stalls (Buden) verkaufen, nicht mit den burgenses um die Plätze, es sei denn in Marktzeiten, loosen dürfen. Denn dieser Sinn ergiebt sich aus zahlreichen, später aus Deutschland aufgefundenen Seitenstücken.

So sagt schon Beierus, Magister Cap. XII., p. 230 allgemein von den Handwerkern, dafs sie in foris ac nundinis Andre „mit ins Lofs nehmen, oder zum Lofs lassen" müssen, dum videlicet loca ab Agoranomis ipsis assignata, sortito inter se dividunt. — Insbesondre hatten zu Lübeck die Wandschneider jährlich ihren loteldag, wo sie vor den Kämmerern im Gewandhause um die Verkaufslocale, cistae genannt, loosten (s. Frensdorf, Verf. Lübecks 1861, S. 113, N. 54; Wehrmann, die Lübeckischen Zunftrollen 1864, S. 27, 89). Aehnlich in Hamburg, Lappenberg, Realgewerbrechte 43, in Wismar, Burmeister, Alterthümer, S. 15 und Bürgersprachen, S. 3, 9, 13, in Stralsund, Balt. Studien 18. S. 76, in Regensburg, Schmeller, Wörterb. II., 503, und in Hannover.

Hier giebt Grupen, observat. p. 400, aufser mehreren Nachrichten über das Loosen der Kaufleute an dem loteldag, der noch zu seiner Zeit gehalten wurde, auch einen Beschlufs der Innung von 1366, wonach, wenn die Kaufleute ihre Morgensprache halten, man, nach Verlesung der

betreffenden Normen, scal de *stöcke screven, dar me mede lotet.* Also *a*) man loost mit Stöcken, d. h. unsern, sonst Klötze, Hölzerchen, cut und cavel genannten, zugeschnittenen Stäbchen. *b*) Mit diesen nimmt man ein screven vor. Nach dem nieders. Wörterb. ist schreve ein Strich, eine Linie; schreven also wird zum Unterschiede von schriven (schreiben), „stricheln" bedeuten, glaublich, die „Hausmarke ziehen", deren Charakter ja eben im Strichlichen, Linearischen sich zeigt.

Durch eine wohl nicht zu kühne Interpretation gelangen wir also auch hier zu unserm Institut, und zwar aus einem neuen Landstrich nicht nur, sondern auch für einen so frühen Zeitpunkt, dafs er in dem Jahrtausend zwischen der lex Frisionum und den Zeugnissen dieses Jahrhunderts etwa auf des Weges Hälfte einen Raststein auch für Deutschland bietet.

2. Das Ackersystem des Trier'schen Hochwaldes wurde schon von ältern Germanisten gerne für die Deutung des Taciteischen Agri in vicem occupantur, und Arva per annos mutant, benutzt. Neuerdings ist jenes System genauer aus amtlichen Quellen in einer akademischen Abhandlung Hanssen's, von den Gehöferschaften 1863, zuletzt auch von Beck, der Regierungsbezirk Trier 1868, dargelegt worden. Die Gehöferschaften sind agrarische Genossenschaften mit einem Gesammteigenthum an Feldgütern, Wiesen, Waldungen u. s. w. mit periodischem Besitzwechsel der Genossen auf Grund erneueter Verloosungen, S. 11 ff. Dieser Punct geht uns hier an.

Zu jedem Hofe der Genossen gehört eine bestimmte Hausmarke. Eine Beilage zu Beck giebt sie für die Ortschaften Oberzerf, Serrig, Greimerath, Irsch. Dafs diese Marken bei der Verloosung eine Rolle spielen oder spielten, ist gewifs. Das Wie aber ist mir unklar geblieben.

In der „urkundlichen Geschichte des Kreises Merzig" von dem Landrath von Briesen, Saarlouis 1862, heifst es S. 9: „Früher wurden zur Vertheilung Kerbhölzer benutzt, daher die Gehöferländereien noch Kerbe heifsen".

Ein Bericht von Trier vom 25. October 1862 über die Gehöferschaften in Zerf u. s. w. besagt: Die Loosesteine bestehen aus Hausmarken, die man aus einem verdeckten Hute nach der Reihe der Nummern der Landestheile zieht.

Ein Schreiben endlich des Oberförsters Schäfer zu Saarburg an den Reg.-R. Beck vom 31. Juli 1863 kennt keine Loossteine." Wenn zur Abgränzung des verloosten Eigenthums Steine gesetzt wurden, so grub man die Hausmarken doch nicht in diese, sondern kerbte sie in Pfähle ein, die deshalb Kerbhölzer heifsen. Bei der Verloosung werden die Hausmarken (Papierloose) in einen Hut zusammengeworfen und gezogen."

Mir fehlen augenblicklich die Mittel, diese verschiedenen Nachrichten zu einigen und zu klären. Ich bemerke nur, dafs ein hier übliches Loosen mit Hausmarkenstäbchen für das Institut dasselbe hohe Alter vermuthen lassen würde, welches man dem System des periodischen Ackerbesitzwechsels zuschreiben darf[1]).

3. habe ich aus einem flüchtigen Aufenthalt des J. 1859 in der Gegend von Chur mir die Notiz mitgebracht: „Die Löser werden als Hölzer mit den Hauszeichen ausgegeben". Sie scheint auf unser Institut hinzuweisen, doch ist der Ausdruck nicht hinlänglich klar und bestimmt. Das Interesse läge in der beträchtlichen Erweiterung des Geltungsgebiets.

Also manches wird noch später zu ergänzen und zu erhellen übrig bleiben. Für jetzt fasse ich noch einige allgemeine Ergebnisse der obigen sichern Daten zusammen.

Erstens darf man fragen, ob über den Sinn, in welchem das Volk die Loosentscheidung auffafst, jene Zeugnisse uns belehren. Da scheint zunächst der ewige Zug nach aequitas, nach Gleichmafs eine Befriedigung zu suchen. Gleichwie schon Sidonius Appollinaris VIII. 6 im 5. Jahrhundert von den Sachsen erzählt, dafs sie bei der Decimierung der Gefangenen mortis iniquitatem *sortis aequitate* ausgleichen, so äufsert auch der Berichterstatter über die englische Wiesentheilung oben S. 70: Now, as the customs of Aston & Cote are based upon the principles of equity between all the commoners, and the common meadow is not

[1]) Auch bei den sog. Haubergsgenossenschaften im Kreise Siegen kennt man einen periodischen Wechsel der sogenannten Hauberge unter den Gesammteigenthümern und dabei auch eine gewisse Verloosung, s. Achenbach, die Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes, Bonn 1863, S. 6. Ueber eine Concurrenz der Hausmarken dabei ist jedoch nichts gesagt.

equally fertile . . in every part, it becomes desirable to adopt some mode of giving all an *equal chance* of obtaining the best cuts for their cattle. Und aus Röversh agen heifst es: „Das Lotten wird mit bewufstem Stolz hoch gehalten als ein treffliches Mittel Streit und Hader zu meiden. Dat lott makt allens recht oder gliek[1]) lautet der Grundsatz, und wie das Lott entscheidet, dem fügt sich auch ein jeder."

Aber, darf man einwenden, das Loos giebt doch nur an equal *chance* of obtaining the best etc., nicht die gleichmäfsige Vertheilung selber. Wo bleibt das „Gleich", wenn ein Genosse fortwährend das unfruchtbarere Wiesenstück, ein Dienstpflichtiger vor Andern die schwerere Hofesarbeit erloost? Wenn dennoch auch diese Loosenden aussprechen, das Loos macht alles gleich, wenn es auch für Hiddensee heifst: jeder fügt sich, mit wem er zusammen arbeiten soll, denn das Loos hat entschieden, so ruht diese Zuversicht, der bewufste Stolz auf eine solche Entscheidung, die unweigerliche Folgeleistung doch wohl noch im tiefsten Grunde auf den Sprüchen Salomonis (16, 33; 12, 18): das Loos fället wie der Herr will, es stillet den Hader und scheidet zwischen den Mächtigen, also auf der noch mehr oder minder klaren Anschauung eines Gottesurtheils, wie sie noch sicher sich ausspricht in dem schwedischen Wästgötalag: man soll die Loose einlegen, und Gott soll Richter sein, oder in Luther's Wort: man stellt's im Lofs frei dahin auf Gottes Berat, (Germ. L. 18, 23), oder in der mecklenburgischen Theilung von 1611: weil aber das Werk zum Loos, welches Gottes Gericht ist, gestellet wird, oder endlich in der Sachsen-Gothaischen 1672: einem jeden, wie es ihme der liebe Gott durch Loos bescheret[2]). Und ein gleicher Sinn, wohl nicht die blofse Unterwerfung unter ein blindes Schicksal, möchte auch noch in Helgoland walten, wo nach Oetker, Ztschr. f. D. R. 14, S. 304 „das Loos seit uralten Zeiten fast alles entscheidet", und wo der Lootse, der zuerst ein Hülfe begehrendes Schiff entdeckt, sich doch dem Loose fügt, welches über die Bemannung der Schalupe und die Theilnahme an der Lootsengebühr entscheidet, und ihn selber etwa ausschliefst. (Selbst die Schul-

[1]) Gliek, hochd. gleich, ist hier nicht aequalis, sondern aequus, ausgleichend, wie das Hauptwort „Gleich" die Billigkeit. S. die akadem. Abhdl. über Minne und Recht v. 19. April 1866, S. 31 ff.

[2]) J. C. v. Moser, vom Gebrauch des Looses. Schott, Jur. Wochenbl. III 626, 629.

kinder loosten dort bis zu den letzten Jahren darüber, wer zur Classe des zweiten Pastors übergehen solle.) Uebrigens loosen die Lootsen nicht etwa mit Hausmarken, wenn diese gleich auf Helgoland bekannt sind, sondern mit ihren metallnen Lootsenzeichen, welche neben einer Nummer und dem Namenszeichen der Königin noch ein alterthümliches Lootsenbild zeigen.

Zweitens. Wir finden den Gebrauch meist an abgeschiedenen Orten unter dem Landvolk, welches lange festhält, aber wenig mittheilt. Ist er nun dennoch, auch von Skandinavien und Hannover abgesehen, aufgetaucht in Oxford- und Somersetshire, in Föhr, an der frisischen Küste, in dem alten Lothringen, in Mecklenburg, Rügen, Pommern, Mark, so leitet, denke ich, von diesen weit zerstreuten Punkten die gemeinsame Wurzel, die schliefsliche Convergenz noch über jene älteste bekundete Erscheinung in Friesland aus der carolingischen Zeit zurück, so nahmen glaublicherweise Angeln und Sachsen die Sitte schon von Altsachsen nach Brittannien hinüber.

Besteht ferner der Ritus durchgehends darin, dafs dünne Zweige abgeschnitten, in weitere Schnittlinge zertheilt und diese mit unterschiedlichen Zeichen versehen werden, um einem zufälligen Loosen zu dienen, so drängt es uns zu einer Vergleichung mit der simplex sortium consuetudo bei Tacitus C. 10, nach der die Germanen *virgam* frugiferae arbori *decisam* in *surculos* amputant, eosque *notis* quibusdam *discretos* fortuito spargunt. Allerdings hat hier das sortiri nicht die Schlichtung von Rechtssachen, sondern ein Enthüllen der Zukunft zum Zweck, geben ferner die notae impressae nicht die Eigenzeichen der Parteien, sondern wohl Runen mystischer Deutung kund. Doch stehen Orakel und Loos ja einander nahe, Runen und Hausmarken sind ähnlicher Bildung; alles übrige aber, die ganze äufsere Zurichtung fällt dort und hie so schlagend zusammen, dafs wir für befugt zu achten, unsern Gebrauch aus den Germanischen Urzuständen abzuleiten, dafs wir in den uns erhaltenen Stäbchen und Stöckchen, den tenen, Kaveln noch Abbilder der surculi mit ihrer nota antea impressa erblicken dürfen.

Was nun drittens die heutige äufsere Gestalt betrifft, so hat der wesentlich übereinstimmende Gebrauch doch der Mannigfaltigkeit der oft so fern liegenden Erscheinungen nicht entrathen können.

Hinsichtlich der Holzart heifst es ausdrücklich für Röversbagen, sie sei eine beliebige; für England dagegen wird rother Hartriegel, für Börgerende werden Haselzweige genannt. Das entspricht allerdings der Forderung einer arbor frugifera; doch wage ich nicht, den der altgermanischen Wahl wohl unterzulegenden Sinn des Heilbringenden noch in der heutigen zu finden.

Die Länge der Stäbchen wechselt von etwa $^1/_8$ bis zu $^3/_4$ Zoll, die Dicke von 3 bis zu 5 Linien.

Die Zurichtung zeigt folgende Stufen.

a) Auf Hiddensee wird das Stäbchen nach Seemannsweise zierlich scharf vierkantig, ohne Spur von Rinde geschnitten, das Zeichen darauf durch Tinte noch besser hervorgehoben.

b) Gleichfalls noch viereckig aber mit stumpfen Rindekanten und ohne gefärbten Einschnitt erscheinen sie in Peenemünde und in England.

c) In der Sendung von Lunow im Oderbruch ist das natürliche Zweigstück halb durchschnitten, die Marke auf der ebenen Schnittfläche angebracht.

d) Das Stöckchen aus Gr.-Kleen ist ebenso durchschnitten, die Marke aber auf der äufsern Seite in die Rinde eingeschnitten.

e) Zu Börgerende, Selow, auf den Dörfern des Kirchspiels Röversbagen in Mecklenburg, zu Lodmannshagen und Spiegelsdorf in Pommern läfst man den surculis die natürliche Rundung und Rinde, von deren grünen oder braunen Farbe sich das tief eingekerbte Zeichen ganz gut abhebt.

f) In Neuhof auf Usedom endlich scheint man bei dem dort seltenen Gebrauch sich mit abgebrochenen Hölzchen zu begnügen.

Ganz abweichend von der Gestalt eines tenus, eines Stäbchens überhaupt, soll man auf Föhr sich der Täfelchen in Taschenbuchformat bedient haben.

Zur bessern Veranschaulichung fügt eine Tafel den von Williams für England, von Lisch für Börgerende gegebenen Zeichnungen noch Abbildungen von einzelnen Proben der mir in natura vorliegenden Kaveln aus Hiddensee, Peenemünde, Selow, Overhagen, Lodmannshagen, Lunow und Gr.-Kleen hinzu.

Viertens ergiebt sich über die jetzige Wirksamkeit.

Lebendig waltet der Gebrauch, getragen von sonstiger Anwendung der Hausmarken überhaupt, noch auf Hiddensee und in mehreren mecklenburgischen Ortschaften, besonders im Kirchspiel Röversbagen. Isolirt dauert die Uebung in Neuhof fort. Erst binnen Menschengedenken verlor sie sich in England, Peenemünde, Lodmannshagen, wo dieses Erlöschen ausdrücklich auf die Aufhebung der Feld- und namentlich der Wiesengemeinschaft in den letzten Decennien zurückgeführt wird. Auf Föhr und gar zu Masterhausen ist das Schwinden noch weiter in das Ende des vorigen Jahrhunderts zurück zu verlegen.

In einigem Zusammenhange mit diesen Stufen der Uebung steht der Umstand, dafs noch jetzt auf Hiddensee, Selow, Jürgenshagen sich die Loosstäbchen ein und für allemal beim Schulzen, wo geloost wird, vorfinden, oder doch in Peenemünde, Grofsen-Kleen, Elmenhorst vorfanden; dafs in Röversbagen die Leute sie häufig zubereitet in der Tasche bei sich führen, während anderorts und neuerdings erst eine besondre Zubereitung zu der Loosung erfolgt.

Auffällig bei der ganzen Procedur und bisher ohne sichre Erklärung bleibt mir die oben bemerkte Erscheinung, dafs in zwei benachbarten Ortschaften Lodmannshagen und Spiegelsdorf, dann aber auch in dem dahin nicht verkehrenden Neuhof der Schulze, wiewohl er mitloost, doch sein Stäbchen unbezeichnet läfst.

Ungeachtet der Einrichtungen, welche in den letzten Jahrzehnten das Zurückgehen der Sitte herbeiführten, zweifle ich nach den überraschenden Funden des verflossenen Jahres nicht, dafs ihnen noch neue, besonders in der Mark, in Pommern, in Mecklenburg anzureihen sein werden. Vielleicht hat gar ein günstiger Leser diesen Alterthümeleien doch eine Seite abgewonnen, die ihn bewegt, mit mir noch ferner in den von der Heerstrafse nicht berührten Wohnstätten zu forschen, ob der uralte Rechtsbrauch, dem gemeinen Bewufstsein längst entfremdet, noch still und verborgen, aber heilsam webe und wirke.

Erklärung der Stäbchen auf der Tafel.

Nr. 1 von der Insel Hiddensee bei Rügen; mit dem Zeichen des Johann Striesow.

Nr. 2 von dem manor Aston & Cote aus Oxfordshire, nach der Abbildung in der Archaeologia, Vol. 37, s. oben S. 71.

Nr. 3 von Peenemünde auf der Insel Usedom, mit dem Zeichen des Jürgen Schulz.

Nr 4 von Börgerende bei Dobberan, nach der Abbildung in den mecklenb. Jahrbüchern, XX., S. 134.

Nr. 5 von Lunow im Niederoderbruch bei Oderberg.

Nr. 6 von Overhagen, Kirchspiel Röversdagen bei Rostock, mit dem Zeichen des C. Höpner.

Nr. 7 von Selow im mecklenburgischen Domainenamte Schwaan.

Nr. 8 von Lodmannshagen, unweit der Cisa im Kreise Greifswald.

Nr. 9 von Gr. Kleen bei Warnemünde mit der Hausmarke des Schulzen Bade.

AD CAPITA DUO GELLIANA

(L. IV C. I. IV)

ANIMADVERSIONES

SCRIPSIT

THEODORUS MOMMSEN.

Communio studiorum, quae totius nostrae vitae et laetae decus est et afflictae solacium, cum huic scriptioni occasionem dederit, visum est selegere quaestionem positam, ut ita dicam, in confinio artium duarum et ita comparatam, ut eius pertractatio ad prudentes pariter grammaticosque et olim pertinuerit et nunc pertinere videatur; nam ego sive alteri utri sive neutri generi accensebor, hac media mihi visus sum tutissimus ire.

Favorinus Gellianus, scholasticorum aetâtis Hadrianae facile princeps minutorumque zetematum magnus Achilles, inter alia, quae ex eius disciplina Gellius rettulit, etiam de penore apud eum disputat libri quarti capite primo et adversarium nescio quem conficit argumentis ex intima prudentia petitis. Quod caput cum nuper pro specimine novae editionis Gellii multorum votis dudum efflagitatae diligenter ad libros scriptos exactum proposuerit Martinus Hertzius Breslaviensis vetus amicus et feliciorum temporum meorum sodalis, ita ut simul prudentes invitaret ad sua perpendenda et ubi opus esset retractanda, quae mihi in mentem venerunt comparanti Gelliana haec cum titulo Digestorum 'de penu legata', qui paenultimus est libri trigesimi tertii nuper a me recogniti et propediem publice prodituri, iam proponam. Sunt enim haec neque tam tristia et austera, ut a festi diei hilaritate arcenda videantur, neque ita levia et pusilla, ut abhorreant a tranquilla senectute summi viri post vitae taedia superata iam quiescentis, sed qualia credere possis Sex. Aelium et P. Mucium in honesto villarum otio confabulationibus et iucundis et doctis cum amicis pertractasse filiis audientibus magistris futuris non suorum filiorum tantum, sed etiam nostris.

Penus unde veniat, in verborum origines qui inquirunt adhuc certa

ratione opinor non docuerunt, quamquam probabiliter Georgius Curtius (*Grundzüge der griech. Etymologie* p. 244 ed. 2) penum composuit et cum panis vocabulo et cum certis quibusdam linguae Lithuanicae vocibus quae notionem habent pascendi. Hoc satis constat significari ea esculenta et potulenta in domesticos usus seposita, maxime ea quae adservantur in cella penuaria (D. l. 3 § 8 h. t.) sive promptuario (l. 4 § 1 eod.); unde, cum vita omnis pendeat a victu, penoris domesticae numina sive Penates praeesse visi sunt Romanis universae domui, item ab eo vocabulo ducta sunt alia penetralium et penetrandi et penitus relata ad intima quaeque et maxime secreta et tuta. Vocabulum 'variis generibus', ut ait ille Favorini adversarius, 'dictum et varie declinatum est; nam et hoc penus et haec 'penus et huius peni et penoris veteres dixerunt'. Etiam apud eos qui ius civile docebant haec ut alia ex grammatica arte adsumpta tralaticia fuisse intellegitur ex Pauli verbis (D. l. 4 § 3 h. t.): 'nomen penus 'mihi traditum est omnibus generibus dictum'; quamquam cautius locutus est grammaticus quam iuris auctor, cum penus masculine Plautinum sit recte emendatione sublatum apud Paulum D. 36, 2, 24 fin. Unde ipse Favorinus: 'quid refert mea', inquit, 'eiusque quicum loquor, quo genere 'penum dicam et in quas extremas litteras declinem, si nemo non id 'non nimis barbare fecerit?' Nam ita libri, nisi quod prius 'non' deest et 'fecerit' abiit in 'fecerim' vel 'fecerimus': nec debuit Hertzius inscita insciti hominis coniectura arrepta extrema ita edere 'si modo id non 'nimis barbare fecerim.' Nam hoc C. Marius fortasse dicere potuit sibi sufficere Latine loqui non nimis barbare, nequaquam vero Hadriani saeculi scholasticus: praeterea emendatione illa admissa plane pereunt argutiae Favorini ea vocabula, in quibus peccare non possis, puerulorum scilicet delicias, se magistrum significantis contemnere.

Sed haec pertinent ad grammaticos; nos videbimus si placet, de iis quae ex antiqua prudentia affert Favorinus determinaturus 'quid sit 'penus et qua fini id vocabulum dicatur'. Quae ipsa cum redeant in digestis et habeat utraque relatio et diversa multa et propria bona, eas componere cum utilitatem aliquam habebit tum iis certe, qui veteres prudentes adamarunt, etiam iucunditatem. Haec autem sunt, quae ex Q. Scaevolae commentariis affert Favorinus Gellii, ut leguntur in libris tribus primariis Parisino Vaticano Rottendorfiano.

Quintum Scaevolam ad demonstrandam penu his verbis usum audio. Penus est, inquit, quod esculentum aut posculentum (postulentum *Par.*) est, quod ipsius patris familias aut liberum patris familias eius quam circum eos aut liberos eius est et opus non facit causa paratum est, ut Mucius ait, penus videri debet. Nam quae ad edendum bibendumque in dies singulos prandii aut cenae causa parantur, penus non sunt, sed ea potius, quae huiusce generis longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur ex eo, quod non in promptu est, sed intus et penitus habeantur (habeatur *Rott.*) penus dicta sunt (est *Rott.*).

Petita haec esse ex Q. Mucii iuris civilis libro secundo intellegitur ex Ulpiani l. XXII ad Sabinum (Dig. l. 3 pr. h. t.), ubi sic est: 'Quintus 'Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri quae esui 'potuique sunt. idem Sabinus libris ad Vitellium scribit'. Graviter autem corrupta esse Gelliana illa et ne orationem quidem cohaerere nemo est quin videat: at qui has mendas tollere conati sunt, si quid video adhuc parum profecerunt. Nam ut primum de summa re videamus, Huschkius cum ita scripsit: 'penus est non quidque (?) esculentum aut poculentum, 'sed quod patrisfamilias .... causa paratum est, id, Mucius ait, penus 'videri debet', restituit quidem aliquem rerum ordinem verborumque tenorem, sed item multis nominibus peccavit. Nam ut mittam violentiam, quae nullum paene orationis articulum intactum reliquit neque causam probabilem tot errorum aperuit, primum absurda illa repetitio 'Mucius ait', cuius ipsius verba hic proponuntur nullis Favorini interpositis, quomodo excusetur non perspicio. Deinde cum eiusdem capitis principium afferatur ab Ulpiano ita, ut plane consentiat cum Gelliana relatione, certe verba illa simplicissima et verissima, immo alibi quoque passim repetita et omnino tralaticia 'penus est quod esculentum aut po-'tulentum est' collatis verbis Scaevolae ab Ulpiano relatis 'penu legata 'contineri quae esui potuique sunt' ab omni corruptelae suspicione vindicantur. Denique qui novit auctores maxime antiquos, numquam probabit eiusmodi definitionem incipientem a negatione nescio qua, quae quo vere pertineat frustra quaeras: nam quod solum cogitari potest penu non comprehendi promercalia, sed usuaria sola, neque ita recte enuntiatur et apparet in tractatu de penore alium locum tenuisse. Merito igitur

haec improbavit Hertzius talia temptans ipse: 'Penus est quod esculen-'tum aut poculentum est. Quod ipsius patrisfamilias .... causa para-'tum est, ut Mucius ait, penus videri debet' vel etiam sic: 'Penus .... 'poculentum est et quod .... paratum est. Id, ut Mucius ait, penus 'videri debet'. At philologus quamquam cautior fuit iureconsulto in secandis urendisque sanis, tamen neque sermonem satis cohaerentem effecit et ineptum comma 'ut Mucius ait' apud eum quoque remansit. Mihi quid videatur ut aperiam, principium, ut dixi, praeter minora, de quibus postea videbimus, sanum est scripsitque Scaevola ita fere: 'Penus 'est, quod esculentum aut potulentum est, quod ipsius patrisfamilias .... 'causa paratum est'. Nam ita solent definiri ab antiquis iuris vocabula, ut generalis notio addita alia post aliam determinatione particulatim ad fines proprios et certos redigatur, qualis est illa definitio sollemnis gentilium in Ciceronis Topicis ex ipso Scaevola relata: 'gentiles sunt qui 'inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum maio-'rum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti'. Similem penoris definitionem hoc loco tenemus, quam pessumdedit Hertzius inserta copula: determinationes enim hae non iuxta ponuntur, sed praecedens quaeque definitur magis coartaturque per proxime sequentem, ut hic secundus articulus esculenta ea excludit, quae non sunt parata propter familiam. Iam quae sequuntur, iis denuo restringitur ea quam Scaevola posuit penoris definitio, sed ut non ipse eam ulterius circumscribat, sed alius nescio qui, cui priora non satisfecissent. Eo enim ducunt et verba 'ut Mucius ait', quae frustra revocant ad Favorinum, et quae sequuntur per se facilia et plana: penore enim dicuntur contineri non omnia esculenta et potulenta familiae causa parata, sed sola recondita posterioris usionis causa, non deprompta iam, sed aliquando depromenda, et ita haec dicuntur, ut non addatur verbi causa 'quod longae 'usionis gratia conditum est', sed tamquam per contentionem et reprehensionem definitionis non satis accuratae haec inducantur. Accedit quod Favorinus Scaevolae verba citat eapropter, ut grammaticus in disputatione superatus aequiore animo ferat nescire se quid sit penus, et ita iis praefatur: 'ne illi quidem veteris iuris magistri, qui sapientes appel-'lati sunt, definisse satis recte existimantur, quid sit penus'; quod tum demum constabit, cum in sequentibus Scaevolae penoris definitio a poste-

riore aliquo iuris auctore reprehenditur et emendatur. Iam cum paullo post 'Servium Sulpicium in reprehensis Scaevolae capitibus' Gellius laudet, quas notas etiam nostri auctores cum alibi commemorant (D. 17, 2, 30 al.) tum in hoc ipso de penu tractatu (cf. l. 3 § 6 h. t.), nonne apertum est haec quoque inde a verbis 'ut Mucius ait' non Mucii esse, sed Servii Mucium adnotantis? id est orationem non tam corruptam esse quam hiare omissis solito more propter homoeoteleuton post 'causa paratum est' his similibusve verbis: 'sed improbasse haec Ser. Sulpicium, qui: at non 'omne, inquit, quod esus potusque causa paratum est'. — Ceterum, ut hoc addam, hoc quidem nomine postea Mucii sententiam obtinuisse, non Servii, et silentium auctorum de articulo eo, quem desiderabat Servius, declarat et quam supra iam attulimus Pauli observatio (l. 4 § 1 cf. l. 9 h. t.) promptuario non totam penum comprehendi.

Constituta ita oratione in universum videamus de singulis quae restant nec per se explicita sunt et facilia. Prò posculento sive postulento, quod habent libri, Hertzius dedit poculentum haud scio an errore. Nam cum de forma 'potulentus' dubitari non possit cum propter testimonia librorum ad h. l. collecta ab Hertzio tum propter analogiam, altera 'poculentus' non videtur defendi nisi Macrobii libris 7, 15, 4 et altero loco digestorum Florentinorum (l. 3 § 4 h. t.), cum in altero (1, 18, 18) recte sit potulentus; certe inscriptio Hispana Grut. 643, 3 allegata a Forcellinio et ab ipso Hertzio propter nomen nescio quod Poculenti iam emendata (C. I. L. II, 3749) L. Iulium proponit non Poculentum, sed Apolaustum. Nec satis qui fieri potuerit 'poculentus' intellegitur in vocabulo declinato non a poculo, sed a potando. Contra ea ipsa forma posculentus, quam hoc loco libri servant, et redit apud Gellium 17, 11, ubi libri variant inter 'posculenta' et 'potulenta', et legitur in glossis Onomastici (p. 141 Labb.: 'posculentum *πότιμον*'), et habet quo excusetur, nempe attractionem quandam sive allitterationem dicas vocabuli gemelli quod est esculentus, quae eo potentior esse debuit, quod escae item respondet posca vocabulum, si quidem non falluntur qui id initio de omni potione usurpatum esse contendunt. Quare fortasse res eo redit, ut formae duae potulentus et posculentus in usu fuerint, tertia vero poculenti originem ducat ex incuria librariorum. Sed de his videant grammatici. — Quae sequuntur graviter corrupta, emendari nequeunt nisi

adhibito simillimo Ulpiani capite iis quae ex Scaevola attulit statim subiuncto, quod sic est: 'quae harum, inquit, patris familiae uxoris libe-'rorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, 'quae dominici usus causa parata sunt'. Haec non Scaevolae esse intellegitur inde, quod aperte verba sunt auctoris eius, ad quem commentatur Ulpianus, qui est Sabinus, truncata propterea et divulsa; similiter, ut alia mittam, in Vaticanis fragmentis § 269 ex iisdem commentariis Ulpiani verba referuntur Sabini sententiam non explentia, subicitur deinde Ulpiani explicatio praescripto eius nomine. Confirmat id Gellius l. c. § 21 afferens haec: 'Masurius Sabinus in iuris civilis secundo etiam 'quod iumentorum causa apparatum esset, quibus dominus uteretur, 'penori attributum dicit'. His positis primum apparet inconsulto fecisse eos qui apud Ulpianum 'harum' vocabulum ad neutrum genus formaverunt; immo pendet id a Sabini verbis proxime praecedentibus in Digestis omissis. Similiter fieri potest, ut in fine articuli Ulpianus quaedam omiserit, ut tota Sabini oratio sic fere redintegretur.

> [Penus res sunt esculentae et potulentae], quae harum patris familias uxŏris[ve] liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt, [causa paratae sunt.]

quamquam cui haec nimis dura videbuntur nec recte Ulpianus omittere potuisse extrema, leni mutatione extrema sic poterit reformare:

> item iumentorum dominici usus, causa parata[e] sunt.

Collatis his, ubi manifesto Sabinus, quamquam iumenta primus videtur addidisse[1]), in reliquis a Scaevola pendet, item iis quae ex ipso Scaevola

[1]) Communis usus penum ad ea maxime referebat, quae dominicis usibus destinabantur; unde Favorinus, cum a grammatico quaesivisset, quid esset penus, isque respondisset esse vinum et triticum et oleum et lentim et fabam atque huiusmodi cetera, quaestionem rettulit, num milium et panicum et glans et hordeum continerentur, qua posita grammaticus haesit. Scilicet cum illa primo loco nominata ad lautiorem victum pertineant, milio et panico non domini vescuntur, sed saepe coloni (Columella 2, 19, 17), glande et hordeo praesertim animalia; in rebus autem familiae iumentorumque causa paratis quatenus penus perveniat, non grammaticorum est definire, sed prudentium, a quibus id discere non insuper habuisse se mox philosophus

paulo post (l. 3 § 6 h. t.) affert Ulpianus disputans de familia quam pater familias circa se et suos habeat: 'quos Q. Mucius sic definiebat, ut 'eorum cibaria contineri putet, qui opus non facerent', huius articuli restitutio ita expedita est, ut nisi grammatico, certe prudenti facile satisfacias. Ita enim scribendum est fere ut scripsit Hertzius: 'quod ipsius 'patris familias [aut matris familias] aut liberum patris familias [aut fami-'liae] eius, qua[e] circum eos aut liberos eius est et opus non facit'. Scilicet vel pluralis 'eos' requirit ut mater familias inseratur. Liberi autem 'eius' scripsit, non 'eorum', quoniam comprehendantur necesse est liberi ex alia uxore suscepti, item excludantur quos mater genuit ex alio patre; unde antea diserte adiecit liberis genetivum 'patris familias'. — Extrema recte se habent in libris, nisi quod 'est' vocabulum delendum existimo, cum priores mutent fere in 'sint', Hertzius nescio qua de causa edere maluerit 'sed ... habeatur, penus dicta est'. Iam igitur totum caput adscribam expletum et expurgatum:

> Q. Scaevolam ad demonstrandam penu[m] his verbis usum audio. 'Penus est', inquit, 'quod esculentum aut posculentum est, quod 'ipsius patris familias [aut matris familias] aut liberum patris fami-'lias [aut familiae] eius, qua[e] circum eos aut liberos eius est et 'opus non facit, causa paratum est'. [Sed improbasse haec Ser. Sulpicium, qui: 'At non omne', inquit, 'quod esus potusque causa 'paratum est,] ut Mucius ait, penus videri debet. Nam quae ad 'edendum bibendumque in dies singulos prandii aut cenae causa 'parantur, penus non sunt, sed ea potius, quae huiusce generis 'longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur, ex eo, quod 'non in promptu, [sed] intus et penitus habeantur, penus dicta 'sunt'.

Addit Gellius alia quaedam ab iuris auctoribus de penore animadversa, quae et ipsa a nobis examinabuntur, cum singulis respondeant capita digestorum.

addit. Ceterum si hoc voluit Favorinus glandem penore comprehendi, erravit; nam iumenta non vescuntur glandibus. Sed fieri potest, ut comma 'et glans' adiectum sit ab interpolatore, cum praesertim libri omnes (nam de palimpsesto non satis constat) hic habeant 'et glandem', quod nec ferri potest nec commode mutatur in nominativum.

Gellius § 22:

(Masurius Sabinus in iuris civilis secundo) signa quoque et carbones, quibus conficeretur penus, quibusdam (quibus *Rott.*) ait videri in penu esse.

§ 20:

De penu adscribendum hoc etiam putavi Ser. Sulpicium in reprehensis Scaevolae capitibus scripsisse Sato Aelio placuisse non quae esui et potui forent, sed thus quoque et cereos in penu esse, quod esset eius (*sic Par.*, esset non eius *Vat.*, non esset eius *Rott.*) ferme rei causa comparatum.

Ulpianus l. XXII ad Sabinum (D. l. 3 § 9 h. t.):

Ligna et carbones ceteraque, per quae penus conficeretur, an penori legato contineantur, quaeritur. Et Q. Mucius et Ofilius negaverunt: non magis quam molae, inquiunt, continentur. Idem et tus et ceras contineri negaverunt. Sed Rutilius et ligna et carbones, quae non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sex. autem Caecilius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit.

His inter se comparatis intellegitur eundem Sabini tractatum tam Ulpianum quam Gellium ante oculos habuisse et quod hic ait quibusdam videri thus et cereos penoris esse, eo significari Rutilium aut solum aut cum aliis quos ignoramus, cum contrarium placuisset antiquioribus plerisque, in his Q. Mucio et Ofilio. Haec habent aliquam utilitatem ad definiendam aetatem Rutilii, qui praeterea laudatur bis ab Ulpiano in libris ad Sabinum et ad edictum (D. 7, 8, 10, 3. 43, 27, 1, 1). Nam cum citetur a Massurio Sabino auctore aetatis Tiberianae, ipse autem videatur dissensisse a Q. Mucio consule a. u. c. 659, quocum Ofilius sine dubio componitur non tam propter aetatem quam propter consensum, aut Ciceronis aequalis fuerit necesse est aut Augusti; itaque hoc certe constat eum non fuisse alterum utrum consulum duorum P. Rutiliorum liberae rei publicae annorum 649 et 664. Rutilius autem is, cuius in tractatu de nundinis meminit Macrobius (sat. 1, 16, 34); item praetor P. Rutilius, qui sustulit actionem ex stipulationibus onerandae libertatis causa factis (D. 38, 2, 1, 1) et introduxit bonorum venditionem et actionem Rutilianam (Gai. 4, 35), fortasse etiam constitutionem edidit cuius meminit Iulianus Rutilianam (Vat. fr. § 1); denique Rutilius Maximus is, cuius ex libro singulari ad legem Falcidiam (latam a. u. c. 714) superest unum caput in digestis (30, 125), num diversi sint tam inter se quam ab Rutilio eo, quem citat Ulpianus, necne, adhuc definiri non potuit. — 'Sex. Caecilius' Digestorum, Gellii autem 'Satus Aelius' omnino est, sicut ad

Digestorum locum observavit Maiansius, ad Gellium Perizonius, notissimus Sex. Aelius Catus consul a. u. c. 556; quem saeculo ante Scaevolam de penore ita disputasse, ut thus quoque et cerei num in penore essent dispiceret, documento est prudentiam Romanam et creatam et formatam esse non labente libera re publica, sed florente: cuius generis testimonia etsi non omnino deficiunt, tamen quod plane cum hoc componas unum novi Ciceronis ad Trebatium epistolium, quod vicesimum secundum est libri epistularum ad familiares septimi. Adscripsi epistulam totam; nam et brevis est et utilis. 'Illuseras heri', Cicero scribit, 'inter scyphos, quod 'dixeram controversiam esse, possetne heres, quod furtum antea factum 'esset, furti recte agere. Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, 'tamen id caput, ubi haec controversia est, notavi et descriptum tibi misi, 'ut scires id quod tu neminem sensisse dicebas Sex. Aelium M'. (M. *codex*) 'Manilium M. Brutum sensisse. Ego tamen Scaevolae et Testae assentior'. Non satis diligenter haec legit Huschkius, qui id caput ter rettulit inter reliquias librorum Sex. Aelii M'. Manilii M. Bruti, omisit inter reliquias Scaevolae, cum referri oportebat inter Muciana, inter illorum trium auctorum fragmenta omitti aut poterat aut fortasse debebat. Nam aperte Cicero domum' reversus unum solum volumen evolvit, ubi 'con-'troversia' ea relata fuit opinionesque proponebantur et trium illorum auctorum et Scaevolae; liber autem, unde descriptum caput Cicero cum his litteris misit Testae, vel propter temporum rationes non potest fuisse nisi unus ex decem et octo Scaevolae de iure civili. Scaevolae igitur haec sunt omnia, quem etiam aliunde constat diligenter attulisse opiniones priorum: ita de lege Atinia agens Gellius 17, 7 scribit sic: 'Q. 'Scaevola patrem suum' (nimirum P. Scaevolam consulem a. u. c. 621) 'et Brutum et Manilium viros apprime doctos quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta', nec magis dubitari potest controversiam inter P. Scaevolam et M'. Manilium et M. Brutum, partus ancillae sitne in fructu habendus, quam sicut reliqua eius generis libenter se legisse Cicero significat (de fin. 1, 4, 12), legisse eum non apud hos ipsos, sed relatam apud Q. Scaevolam. Denique cum ait Pomponius P. Mucium et Brutum et Manilium ius civile fundavisse, Q. Mucium autem primum id constituisse generatim in libros XVIII redigendo, merito inde colligemus liberae rei publicae ius

civile posteris innotuisse per Q. Mucium, apud hunc autem sexti saeculi iuris conditoris Sex. Aelii saepe mentionem factam esse, tres vero illos auctores saeculi septimi incipientis primas partes tenuisse perpetuo. In summa iuris auctores qui supersunt quae afferunt de Sex. Aelio et P. Mucio et M'. Manilio et M. Bruto similibusque, ea proficiscuntur ex Q. Mucii commentariis. Hic ipse quae referebat de priorum opinionibus et dissensionibus quatenus ex libris eorum petiverit, quos et extitisse et a Q. Mucio lectitatos esse constat (cf. Cicero de orat. 2, 55, 224), quatenus ex disciplina praeceptorum, patris maxime, et ex disputationibus fori tralaticiis, hodie nemo definiet; probabile tamen est controversiis illis neque in tripertita Sex. Aelii neque in Manilianis actionibus locum datum esse et plerasque has priorum opiniones Scaevolam non comperisse ex libris scriptis. Certe vix ratione faciunt, qui propter eiusmodi testimonia ipsius P. Coruncanii qui vixit ante Hannibalem librorum reliquias mirabundis nobis proponunt. — Ipse Ser. Sulpicius, ut redeam ad Gellii locum quem tractamus, Sex. Aelii de thure et cereis responsum num petiverit ex iisdem Scaevolae libris, potest in dubitationem vocari, propterea quod Gellius, qui et Scaevolam citat[1]) et Servii in eum notas, ex Servio hoc affert, non ex Scaevola. At nihil impedit, quominus Gellius id legerit apud utrumque, sed cum Servius opinionem Sex. Cati sibi probatam magis commendasset, huiusce laudationis potius quam simplicioris Mucianae memor fuerit.

Mendae librariorum reliquae in iis quae supra attulimus tolluntur fere sola utriusque relationis comparatione. Nam 'signa' apud Gellium scriptum esse pro lignis intellexerunt iam editores antiqui. Contra 'ceras' Ulpiani 'cereos' esse debere, quod paullo post in digestis recte scriptum est servantque item libri Gelliani, monuit primus opinor Hugo Grotius; quamquam Graeca eius loci versio servata in Synopsi Basilicorum ita concepta: *ὁ πρὸς τὴν χρῆσιν τὴν οἰκιακὴν κηρός* declarat hanc mendam ex numero esse antiquiorum Iustiniano profectam ex ipso Ulpiani

[1]) Posuit quidem Hertzius (p. 9) Scaevolae et Servii disputationes relatas apud Gellium vere eum sumpsisse ex Sabini commentariis, sed parum probabiliter; nam ut mittam verba directa aliaque, tres libri iuris civilis Sabini brevissime scripti nullo modo duodeviginti Scaevolae Serviique in eos notas ita capere potuerunt, ut talia inde excerpere liceret.

exemplari bibliothecae Tribonianae. 'Penori contineri' licet ipse librarius Florentinus, non emendator mutarit in 'penore', tamen retinendum est, cum Graecismus 'contineri aliquid alicui rei' frequens sit apud Ulpianum et vel in hoc tractatu paullo ante (§ 7) legatur: 'cibaria penui 'continentur'. Haec cum expedita sint, paullo magis haerebimus in verbis Gellii extremo loco relatis: 'thus quoque et cereos in penu esse, quod esset eius ferme rei causa comparatum'. 'Non' vocabulum, quod in extremo commate in libris quibusdam adest, insiticium esse et recens adiectum miror fugisse Hertzium: est enim evidentissimum. Nam cum ex tribus exemplis, quae reliquis praestare iudicavit amicus, unum idque eximium negatione careat, duo eam habeant quidem, sed loco diverso, probabile est et quodammodo necessarium exemplar commune ea caruisse eamque postea demum adiectam esse primum inter versus, deinde transiisse in ipsam orationem. Accedit, quod eius interpolationis nisi ratio, certe occasio intellegitur; nam sane thus et cereos ad alia omnia magis comparamus quam esus potusque causa. Unde ab libri Parisini lectione proficiscendum esse constat neque perspicio Hertzius quomodo admittere potuerit lectionem Vaticani 'quod esset non eius ferme rei 'causa comparatum', hoc est, ut ait, nec esui nec potui inserviens. At, hoc primum verum magis est quam Latinum; deinde ita verum est, ut non solum modestum illud 'ferme' paene ridiculum sit, sed etiam ipsius rei demonstratio, cum praesertim illa aetate natio illa nondum prodiisset, quam quidam hodie aiunt nescio quo iure libenter cereis vesci. Prudentius sane Huschkius adscita particula 'que' et inducta altera 'causa' orationem ita formavit: 'sed thus quoque et cereos in penu esse quodque 'esset eius ferme rei comparatum'. Sed haec quoque admodum languent neque satis enuntiant, quod videtur Huschkius enuntiare voluisse, idem obtinere in rebus similibus eidemque usui destinatis. Verum dudum vidit proposuitque Henricus Cannegieter (obs. 1, 2 p. 11) ita emendans: 'quod esset eius familiae causa comparatum'; quod vix credas non certatim prolatum esse ab omnibus, qui haec tractarunt, cum eundem locum ita ad sententiam afferat Ulpianus: 'tus et cereos in domesticum 'usum paratos'. Itaque haec quoque adscribemus iam persanata:

Gellius § 22:

(Masurius Sabinus in iuris civilis secundo) [l]igna quoque et carbones, quibus conficeretur penus, quibusdam ait videri in penu esse.

§ 20:

De penu adscribendum hoc etiam putavi Ser. Sulpicium in reprehensis Scaevolae capitibus scripsisse [C]ato Aelio placuisse non quae esui et potui forent, sed thus quoque et cereos in penu esse, quod esset eius f[a]m[iliae] causa comparatum.

Ulpianus l. XXII ad Sabinum:

Ligna et carbones ceteraque, per quae penus conficeretur, an penori legato contineantur, quaeritur. Et Q. Mucius et Ofilius negaverunt: non magis quam molae, inquiunt, continentur. Iidem et tus et cer[eo]s contineri negaverunt. Sed Rutilius et ligna et carbones, quae non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sex. autem [Ae]lius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit.

Quod superest caput sic refertur in utraque compilatione:

Gellius § 23:

Ex his, quae promercalia et usuaria iisdem in locis esse ea sola penoris putat (Masurius Sabinus in iuris civilis secundo), quae satis sint usu annuo.

Paulus l. IV ad Sabinum (l. 4 § 2 h. t.):

Si quis solitus fructus suos vendere penum legaverit, non omnia quae et promercii causa habuit, legasse videtur, sed ea sola, quae in penum sibi separabat; quod si promiscue uti solebat, tunc quantum ad annuum usum ei sufficeret familiaeque eius ceterorumque, qui circa eum sunt, legato cedet. Quod fere, inquit Sabinus, evenit in personis mercatorum aut quotiens cella est olei et vini, quae venire solebant, in hereditate relicta.

In his felici casu medica manu vix opus est: nisi quod apud Gellium aut pro 'esse' scribendum est 'essent' praeeuntibus deterioribus quibusdam libris aut ante 'esse' idem addendum. Apud Paulum autem in iis verbis, quae respondent Gellianis 'promercalia et usuaria', alterum comma excidit et restituendum est 'non omnia quae et promercii [et usus] 'causa habuit'; deinde pro 'ei sufficeret' sequentes genetivi flagitant ut emendes 'eius sufficeret'. — Unum addam, ne committam, ut meus commentarius prodeat sine inscriptione aliqua: nulla enim datur sine sacris hereditas. Est autem inscriptio haec et brevis et simplex et ni fallor ad Sabini locum illustrandum satis apta. Eam hisce diebus mecum communicavit qui nuper corporis inscriptionum Latinarum causa collegit quae-

cumque exarata sunt in vasis Pompeianis, Richardus Schoene, descriptam a se ex amphora reperta in peristylio domus n. 24 viae Stabianae mense Iunio a. 1867, in qua scriptum est atramento:

IN·VSSVS
C·C·H

Litteris tribus singularibus idem monuit indicari videri C. Cornelium Hermerotem nescio quem, cuius nomen in aliis amphoris item repertis Pompeiis legitur perscriptum, domini scilicet fundi illius, unde provenit quod in hanc amphoram diffusum fuit vinum. Is igitur Hermeros sive quo alio nomine fuit videtur fuisse ex numero eorum, qui secundum ea, quae modo attulimus ex Sabino, cum vinum similiave vendere solerent, ea quae non promercii, sed sui usus causa haberent, non promiscue adservarent, sed in penum sibi separarent; scilicet inscripsit amphoris domesticae penoris praeter nomen verba 'in ussus'.

Haec habui ad illustrandam antiquissimorum peritorum penoris definitionem singulari casu tam apud Gellium quam in digestis Iustinianis seruatam. Addam animadversionem de capite Gellii eo, quod quartum est libri quarti, pariter ab Hertzio nuper recognito, quoniam similiter corruptum est habetque comparatio eius cum iis quae supra enarravimus aliquam utilitatem. Scriptum autem est in codicibus sic:

> Sponsalia in ea parte Italiae quae Latium appellatur hoc more atque iure solita fieri scripsit Ser. Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus. Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur eam in matrimonium ducturum iri cui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur (sp. dic. *om. Par.*) sponsalia. Tunc quae promissa erat sponsa appellabatur, qui sponderat ducturum sponsus. Sed si post ea stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quam ob rem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari eum qui spoponderat qui stipulatus erat condemnabat. Doctius (. . occiùs *vel* octius *Vat. Par.*) sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universa Latio lege Iulia data est.

Agi patet hoc loco de stipulationibus duabus nuptialibus mariti futuri et patris tutorisve uxoris futurae, initium autem corruptum esse. Itaque temptavimus alii alia: 'stipulabatur eam in matrimonium datum iri: cui 'daturus erat, itidem spondebat ducturum' Lachmannus; 'stipulabatur 'eum in matrimonium daturum: ipse ei qui daturus erat spondebat ductu-'rum' Huschkius olim; 'stipulabatur eam in matrimonium daturum: duc-'tum iri, qui ducturus erat itidem spondebat' Hertzius probante Huschkio postea; 'stipulabatur eam in matrimonium datum iri: qui ducturus erat 'id (= ducturum se esse) eidem spondebat' ego in schedis cum Hertzio pridem communicatis. Sed hae emendationes etsi ad rem satisfaciunt (nisi quod Huschkiana et Hertziana eo nomine peccant, quod non stipulamur dare quem, sed dari), tamen eodem vitio laborant omnes; nempe cum duae stipulationes duaeque sponsiones enarrandae essent, quas adeo statim iureconsultus subicit enarrasse se, tamen non posuit nisi prioris contractus stipulationem omissa sponsione, posterioris vero sponsionem omissa stipulatione, itaque orationem effecit non falsam, sed obscuram et vix nisi adiecta interpretatione assequendam. Quod qui ita excusat, ut ex stipulatione dicat sponsionem intellegi posse et vice versa, vero male utitur, id est cavillatur. Diversum esset, si duas stipulationes tantum vel duas sponsiones tantum auctor rettulisset: utriusque autem contractus alteram partem et diversam seligere iurisconsultum non oportebat, cuius non est varietate lectorem delectare, sed res enarrare ordine legitimo. Quod ut vere fecerit Servius, efficiemus oratione non tam emendata quam suppleta: 'stipulabatur eam in matrimonium [datum iri; qui 'daturus erat, id eidem spondebat. Item qui uxorem daturus erat, ab 'eo cui eam daturus erat stipulabatur eam in matrimonium] ductum iri: 'qui ducturus erat id eidem spondebat'. — Praeterea quae peccaverunt librarii et facile corriguntur et pleraque dudum recte correcta sunt. Nisi quod 'tunc' vocabulum non intellego cur mutent in 'tum', quod hoc loco aut otiosum est aut falsum; immo recte illud se habet distinctione mutata significaturque ita Servii tempore sponsalia aliter fieri solita. Pro 'scripsit' vocabulo quod Huschkius reposuit 'inscripsit', auctoris consuetudini convenit. Item vere monuit Gronovius ante 'ex sponsu' pro eo quod est 'stipulabatur' scribi debuisse 'stipulatus erat'; sed fieri potest, ut paullo neglegentius Servius locutus sit et videtur imperfectum feren-

dum esse. Deinde comma 'iudices cognoscebant' ab interpolatore esse et Hertzius mihi paene concessit et puto concedent iuris prudentes omnes; certe quod opposuit Huschkius (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss.* 10, 319): '*Servius will sagen, daſs, ungeachtet der Wichtigkeit der Sache,* '*gewöhnliche vom Magistrat ernannte Richter wie in einer Geldsache er-* '*kannten*', fateor me non intellegere. Nam iudex unus liberae rei publicae non est pedaneus saeculi labentis, qui de minoribus tantum statuere possit, neque de qua alia iudicii forma magis sollemni cogitare potuerit Servius, equidem perspicio. Contra hoc velim doceri, quomodo excusetur primum repetitio inanis 'iudices cognoscebant, iudex ... quaerebat', deinde pluralis absurdus et iuris antiqui formae contrarius. Mox Huschkius optime animadvertit invertenda esse vocabula 'accipi aut dari', ut conveniant reliquo orationis tenori. Denique hoc iam constare videtur in extremo capite ante verba 'qui stipulatus erat' desiderari dativum. Itaque totum caput sic restituemus:

> Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Ser. Sulpicius in libro quem [in-] scripsit de dotibus. 'Qui uxorem', inquit, 'ducturus erat, ab eo unde 'ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium [datum iri; qui 'daturus erat, id eidem spondebat. Item qui uxorem daturus erat, 'ab eo cui eam daturus erat, stipulabatur eam in matrimonium] 'duct[u]m iri; [q]ui ducturus erat, id eidem spondebat. Is con-'tractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia' tunc, 'quae promissa erat 'sponsa' appellabatur, qui spo[po]nderat ductu-'rum 'sponsus'. Sed si post ea[s] stipulationes uxor non dabatur 'aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat; [iudex], 'quam ob rem data acceptave non esset, quaerebat; si nihil iustae 'causae videbatur, litem pecunia aestimabat quantique interfuerat 'eam uxorem [dari aut accipi], eum qui spoponderat [ei] qui stipu-'latus erat condemnabat'. [H]oc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas univers[o] Latio lege Iulia data est.

LEGUM SAECULARIUM

CONSTANTINI THEODOSII ET LEONIS

CAPITA

AD ORDINEM PRIVATORUM IUDICIORUM PERTINENTIA

EXPOSUIT

ADOLFUS FRIDERICUS RUDORFF.

Quo die TU, VIR PRAESTANTISSIME, ante decem lustra utriusque iuris doctoris munera honoresque accepisti, eum diem ut quicunque et historiae et civili sapientiae cupiunt, faustissimum sibi salutent, id TU singularibus effecisti utraque de arte meritis. quorum ego repetito praeconio ne et patientiae et modestiae TUAE multus fiam, unum beneficium attigisse satis habebo, id inquam, quod ordinis iudiciorum sive processus civilis disciplina TUO artificio et labori acceptum rettulit.

Quae pars iuris cum esset antea ceteris neglegentius ac solivago ieiunoque quodam genere ad unam eandemque, quam ipsarum rerum ordo suadere videbatur, formulam perpetuo similiter pertractata, iam TUA opera non solum aucta mirifice et locupletata, sed reclusis historiae arcanis tantum non ex integro exstructa est. posteaquam enim Gaium eundemque unicum veteris rei iudiciariae fontem arti nostrae aperueras, ante omnia iure meritoque aridissimas ac maxime omnium sitientes regiones, extraordinaria dico labentis imperii iudicia, eodem ex fonte irriganda esse intellexisti. deinde vero retrorsum ad superiora melioraque conversus, quas Kellerus praeclare quidem sed tamen aut particulatim aut summatim tractaverat, formulas dico et legis actiones, TU uno eodemque copiosissimo et luculentissimo opere plenissime expositas complexus es. atque ita illustratis actionibus veterum totaque Romanorum antiquitate absoluta, iam ad alteram immensi laboris partem, ad medium aevum et Germanorum leges prompto et alacri studio gradum facis.

Quod TUUM inceptum quoties sive universum considero, sive iam perfectis operis partibus oblector, nescio utrum magis admirer: propositi amplitudinem rerumque ac doctrinae ubertatem, siquidem animatis

iudiciorum formis morum etiam humanitatisque historia illustratur: an vero orationis et perspicuitatem et concinnitatem, nam utroque in genere videris mihi Savignii nostri virtutum quasi quodam hereditario iure successor exstitisse. illud tamen, ut defungar verbo, certo mihi constat: uno TE aggressu tria expugnasse: arti provinciam, TIBI memoriam, posteris exemplum.

Sed me, quo magis munerum honorumque TUORUM quinta decennalia oblato aliquo quantulocunque munusculo concelebrare cuperem, praeter communem, de qua dixi, laetitiam, propria quaedam eademque gratissima incitavit recordatio. nam mihi evenit, ut paucis post studia TUA academica absoluta annis interpositis, inter priores TUOS auditores iudiciarii ordinis cognitionem et fragmentorum iuris Romani novissime tunc in bibliotheca Vaticana repertorum interpretationem ipsis TUIS verbis perciperem. nec tantum institutum TUA disciplina me esse glorior, verum etiam, cum non multo post ius civile docere animum ipse induxissem, TUO hortatu ductu exemplo liberalissime instructum fuisse nunquam excidet memoria. quin hodie etiam, post tantum aetatis humanae spatium, ex studiorum nostrorum contactu consensuque maximam me oblectationem percipere grato profiteor animo.

Quorum sensuum interpretes hasce pagellas esse iussi. continent enim de dubiis quibusdam rei iudiciariae labentis imperii temporibus quaestionibusque testimonia nonnulla, TIBI quidem neque incognita neque inexspectata, immo etiam a TEmet ipso iam pridem mihi denuntiata, sed tamen ita comparata, ut non ingrata TIBI futura videantur, siquidem omnino TUAS confirmatura erunt eisdem de controversiis sententias. quae qualia sint iam diligentius exponere liceat.

Octavus iam interfluxit annus, ex quo inter alia anecdota Syriaca 'leges' quae dicuntur 'saeculares Constantini, Theodosii et Leonis', I. P. N. Land theologiae doctore interprete, ex Aramaeis in Latina conversae publici iuris factae sunt[1]).

[1]) Libro inscriptum est: 'Anecdota Syriaca, collegit edidit explicuit I. P. N. Land, theologiae doctor. Tomus primus. Insunt tabulae XXVIII lithographicae. Lugduni Batavorum apud E. I. Brill, Academiae Typographum. MCCCCLX (sic!).

Constat opusculum nonnisi articulis capitibusve plus minus 150 paginasque explet non amplius 28, sed eo nomine commendabile est tam historiae quam iuris peritis, quod sine dubio iuris monumenta servavit, quae Iustiniani legibus aliquanto aetate antecedant.

Etenim codex musei Britannici numero 14,528 insignitus, in quo leges illae plagulis octonariis duodequadraginta inde a pagina 192ª usque ad 228am rectam scriptae sunt, teste colophone Syriaco pagina 66 editionis Landianae expresso, exaratus fuit in urbe Hierapoli[2]) et exaratus anno Alexandri 812, qui annus respondet anno computationis Christianae 501. eandem aetatem, Landio iudice, elementa produnt in tabula tertia sub numeris 8 et 9 adiecta, quibus ille omnino exeuntis quinti saeculi scripturam referri adfirmat.

Quae cum antea plane incognita essent, effectum est, ut inter tot homines iuris civilis peritissimos nemo unus adhuc harum iuris ante Iustinianum in iudiciis observati reliquiarum rationem habuerit. unde ante omnia faciendum putavi, ut lecta in consessu academiae Regiae die 29 Novembris anni 1866 commentatione leges confusas et inordinatas suo ordini restituerem et quibus ex fontibus haustae sint, demonstrarem. quo facto id certo probasse mihi visus sum, omnia iura quae his legibus continentur Zenone, Anastasio, Iustino, Iustiniano imperatoribus antiquiora ideoque ad Constantinum, Theodosium, Leonem iure meritoque revocata esse; quin etiam plurima opusculo contineri quae non ex Theodosiano codice et novellis, sed ex Gregoriano, a scriptore in id translata sint. quam disputationem quod adhuc publici iuris facere dubitavi illam rationem habui, quod codices manuscripti exspectandi erant, ex quibus collegae orientalium litterarum peritissimi Roediger et Petermann verba scriptoris accuratius interpretanda receperunt. nam praeter Aramaeam in bibliothecis Bodleiana et Vaticana exstant earundem legum interpretationes Arabicae. De Armeniaca duodecimo saeculo per Mechitarum Gosch confecta superiore anno a Petermanno[3]) disputatum est, alteramque eodem sermone conceptam in bibliotheca monasterii Etschmiadzin exstare ex eiusdem bibliothecae indice numero 482 intellegitur.

[2]) Syriae scilicet, quae L. 2 C. Th. de venatione ferarum (15, 11) commemoratur, non Asiae, templis et aquis celeberrima, cuius L. 1 § 13 D. de aqua quot. (43, 20) mentionem facit. — [3]) Monatsberichte der Akademie 1867 p. 419—424.

Iam si de libelli proposito quaeritur, in colophone qui pagina 184 editionis Landianae legitur, leges quae insunt saeculares vocantur a Constantino et Theodosio et Leone regibus fidelibus et invictis constitutae. quae denominatio ecclesiae Christianae legibus opposita et scriptorem et finem prodere videtur ecclesiae Christianae proprium. unde non dissimile veri videatur scriptorem aliquem clericum, sive monachum, sive fortasse etiam episcopum, quod tamen propter incompositam rerum diversarum enarrationem difficilius adducor ut credam, excerpta haec in usum episcoporum ac maxime propter episcopalia iudicia conscripsisse.

Quamquam enim initio ex apostoli[4]) instituto leges saeculares ab episcopali audientia alienissimae videbantur, quin etiam, ne forte spreta ab adversario sententia arbitri, poenam ex stipulatu petere necesse esset, iurisiurandi fide interposita, non compromissis[5]), arbitros eligere consuetum erat, tamen Constantini legibus iam re publica et ecclesia Christiana post interneciva certamina in unum corpus confusis, iurium etiam legumque commixtio secuta est. nam iudicandi officio non tantum iudicibus verum aliquo modo etiam ipsis episcopis imposito, episcoporum iudicia non solum sacris, sed etiam civilibus legibus regi coeperunt.

Neque tamen in utraque parte imperii eodem modo res processit.

Nam in occidentali imperii parte Valentinianus primus Ambrosio, Mediolanensium episcopo, mandasse dicitur, 'ut leges et iudiciorum ordines componeret', quibus 'praefecti locorum', id est tam episcopi quam iudices, uterentur. ita enim Ebediesus Sobensis, inferioris quidem aetatis at certae fidei subtilissimaeque eruditionis scriptor rettulit[6]). neque est quod de veritate testimonii dubitemus, quod quamvis *ἅπαξ λεγόμενον* contineat, tamen accuratae relationis et Nisibenae scholae auctoritate subnixae speciem refert. quid quod meo quidem iudicio nihil obstat, quo minus operis, de quo Sobensis rettulit, consummatio ad annum 390 et legem Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collationem referri commodissime possit. quam tamen coniecturam proprio commentario exsequendam reservavi.

[4]) 1 Cor. 6. v. 1—6.

[5]) Nov. Valent. III. tit. 34 'habeat episcopus licentiam iudicandi, *praeeunte tamen vinculo compromissi*' non proprie verbo utitur.

[6]) Assemani bibl. or. III p. 269. Repetivit A. Mai in scriptorum veterum nova collectione. Tom. X. Romae 1838. 4. pag. 54.

Quo facto cum episcopi saecularibus negotiis adeo opprimerentur, ut primario religionis et sacerdotii officio superesse non possent, legibus Arcadii et Honorii provisum est, ut praeter religionem ceterarum causarum episcopis cognitio adimeretur. idemque ius medio saeculo quinto Valentiniani tertii lege confirmatum est. illud tamen in omnibus legibus excipitur, ut ex utriusque litigatoris consensu, praecedente vinculo compromissi (not. 8) ac more arbitrorum apud sacrae legis antistites litigare liceat[7]).

Iam vero sexto saeculo legum Iustiniani codicibus et Iuliani novellarum epitoma in Italiam missis, legis Dei quae vocatur usus paullatim deminui et Iustiniani legibus cedere coepit. testimonio sunt lex Romana canonice compta et excerpta Bobiensia, quos libros saeculo nono in Italia ex meris institutionibus, constitutionum codice et novellis Iustiniani confectos esse constat[8]). observandum tamen est eodem tempore in codice Pithoeano sive Rosnico, nunc Berolinensi, legem Dei cum novellis Iuliani coniunctam, item capitula Remedii Curiensis episcopi ex ipsa Mosaicarum et Romanarum legum collatione sumpta esse[9]).

Et ita quidem in provinciis imperii occidentalis episcoporum definitioni consultum fuit.

In orientali vero ecclesia, quae longe magis quam Romana ex arbitrio principum pendebat, sub finem saeculi quinti leges saeculares, quibus de agimus, collectae et Christianorum imperatorum Constantini, Theodosii et Leonis nominibus insignitae sunt, quamvis plurima contineant, quae non ex constitutionibus Christianorum imperatorum, sed ex veteribus corporibus, maxime Gregoriano, quin etiam ex iuris auctorum libris extracta esse videantur. unde coniectura capi potest libellum sive Constantinopoli sive Beryti sive saltem in aliqua urbe confectum esse, ubi iuris libri adiri nullo labore potuerint. certe graece scriptum initio fuisse argumento sunt graeca vocabula in Syrorum Arabum Armeniorum interpretationibus retenta et exposita, nec minus latinorum verborum, velut

[7]) L. 7 C. I. de ep. aud. (1, 4) a. 398. L. 1 C. Th. de religione (16, 11) a. 399. Nov. Val. III. 34 pr. a. 452.

[8]) Sitzungsberichte der kaiserl. Akademie der Wissenschaften zu Wien, philos. hist. Classe. Bd. XXXV (1860) pag. 73. Bd. XLVI (1864) April.

[9]) Lex Visig. ed. Haenel p. 455.

'agnatorum', quorum sensum interpretes assecuti non essent, corruptela.

Quod autem per Syros, Arabes, Armenios antiquiores leges iuraque quibus de agitur servata sunt, illa ratio est, quod Nestoriani et monophysitae, posteriorum imperatorum Byzantinorum iniquitate communione eiecti, nonnisi veterum imperatorum leges tanquam finem aequi iuris observant, sequentium contra statuta, ut sibi iniquissima, reiciunt. unde perspicitur quam perversa fuerit eorum opinio, qui interpretationes illorum de novellis Iustiniani legibus sive etiam ex Basilicis mutuata esse existimaverunt.

Sed haec tantisper de libelli origine et fatis quasi per indicem demonstrasse sufficiat. nunc de ipsis singulis capitibus dispiciendum erit, quibus de ordine iudiciorum, maxime privatorum, regulae quaedam praeceptae sunt. in quibus locis referendis Landii quidem interpretationem sequar, interpositis tamen per elementa minutiora verbis, quibus Roedigeri iudicio sententiae scriptoris melius responsum sit.

I.

Quibus agere vel accusare non liceat pluribus articulis accurate definitum est. tantum minorum nulla mentio fit, quod fortasse non inepte inde explices, quod in plerisque causis, quae in episcoporum iudicio tractantur, legitima persona non exigitur.

Milites durante armatae militiae officio neque agere pro aliis neque tutores curatoresve constitui posse articulo 11 fol. 196 v. ex vetere iure[10]) recte relatum est his verbis:

> '*Lex iubet eos qui munere Romanorum (i. e. militum) vel alio quolibet sub rege funguntur, nec tutores nec curatores orborum esse, nec pro alio postulare. pro semet ipsis autem non licet coram iudice postulare, donec officiis quae sub rege tenuerint defuncti, liberi fiant*'.

sed confunduntur patroni et procuratoris officia, nec verum est pro se agere vetari.

[10]) Ulpianus libro 8 ad edictum L. 8 § 2 D. de proc. (3, 3). Imp. Gordian. L. 13 C. de proc. (2, 13). Imp. Philipp. L. 4 C. qui dare (5, 34).

Item de mulieribus capite 67 fol. 208r haec scripta extant:

'Mulieres lex (intercedere) *fideiubere non sinit, nec in ulla re, nisi maritis per ἐντολικὸν potestatem facere velint, possessiones et res suas* (vindicare) *postulandi.* (quodsi innuptae) *nisi autem mariti eis sunt, cuilibet viro, ut* (pro se agat) *sibi petitor sit, ἐντολικὸν dare eis licet'.*

Mulieres defendere quemquam iudicio non posse ex Vellaeano senatus consulto recte repetitur[11]). uxorem tamen ne pro se quidem postulare posse, sed, sive res suas vindicare, sive de possessione interdicere velit, maritum suum per mandatum (ἐντολικὸν) procuratorem dare debere, non ex vetere iure praetorio[12]), sed ex lege Constantini anno 312 data descendere videtur[13]), qua lege cautum est ne feminae persequendae litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant et conventibus virorum vel iudiciis interesse cogantur. nam vel innuptas mulieres per procuratorem agere libellus iubet et id solum eis permittit, ut cuilibet viro ἐντολικὸν dare possint: quod quidem iam veteri iuri consentaneum erat[14]). unde a praetoris edicto eo nomine differt, quod praetori tum tantum contra pudicitiam sexui congruentem fieri visum fuit, si mulieres alienis causis se immisceant et virilibus fungantur officiis, Constantinus vero in omni causa mulieres postulare prohibuit.

Magis notabilis illa ratio videtur, qua serviles personae a iudiciis removentur. capite enim 41 fol. 203r haec leguntur:

'Si quis servo imperare velit, ut pro se causam agat, lex eum vetat, nec licet, quoniam fieri nequit, ut servus cum ingenuis litem habeat, quippe qui honore aequi non sunt'.

Quae conformatio quam aliena sit a iure Romano non est quod moneamus[15]). difficilius dicetur unde origo eius repetenda sit. magis

[11]) Ulpianus lib. 29 ad edictum L. 2 § 5 D. ad S. C. Vell. (16, 1).

[12]) Ulp. lib. 6 ad ed. L. 1 § 5 D. de postulando (3, 1).

[13]) L. 21 C. de proc. (2, 13) cf. Theodos. Arcad. et Honor. L. 4 C. Th. de cognit. (2, 12).

[14]) Fragm. Vat. 326. 327. Consultatio c. 7. § 1. 2.

[15]) Pedius apud Ulpianum libro 5 ad edictum L. 3 pr. D. ne quis eum (2, 7). Ulp. lib. 23. ad ed. L. 1 § 8 D. de his qui eff. (9, 3). Diocl. et Max. L. 5 C. de nox. act. (3, 41). Ulpianus libro 25. ad ed. D. de sep. viol. (47, 12). cf. L. 53 D. de iud. (5, 1). L. 44 D. de fid. lib. (40, 5).

tamen probaverim ex barbarorum legibus descendere quam errore receptam videri. nam saeculo quinto plurima peregrina iura importata esse argumento esse potuit eadem illa, de qua superius dictum est, Valentiniani tertii lex a. 452 de episcopali iudicio data. quae cum sponsalia definit munera quae mulier 'pro pudore' accepit (§ 8), aperte recipit notionem Germanorum, quorum moribus non uxor marito, sed maritus uxori dotem offerebat[16]). similiter igitur et ipsa status hominum differentia, quam more barbarorum vel in iudiciis considerari notum est[17]), ad eundem morem hoc loco existimata esse videtur.

Denique praetermittendum non est, quod capite 25 fol. 199^r praecipitur: qui et a quibus conveniri non possint. nam ibi ita est:

> '*Uxores lex non sinit maritos iniuriae sibi illatae accusare. Similiter nec fratri fratrem scelerum accusare per legem licet, nec servo dominos. nisi forte hi demonstrare possunt dominos purpureas regias habere vel lapides pretiosos, quibus (privatis) hominibus uti non licet, sed soli regi. ceterarum autem rerum servi ingenuos accusare nequeunt, nec filios parentes propter iniurias sibi illatas in ius vocare lex sinit*'.

quo loco primum illud observandum est, quod nonnisi uxores vetantur cum maritis iniuriarum agere, cum edicto praetoris invicem prohibiti fuerint[18]). deinde notabile est quod de servorum accusationibus relatum est. nam servos a dominorum accusatione repelli et tralaticio iure[19]) et Arcadii lege a. 397 data[20]) praescriptum erat. quoniam tamen maiestatis crimen exceptum antiquitus fuerat[21]), consentaneum videbatur scriptori qui libellum, quo de agimus composuit, in nova etiam lege ad ornatum imperatoris spectante a Leone addita servorum indicia admittenda esse. qua lege institutum erat, ut nulli privato liceret in frenis et equestribus sellis et in balteis margaritas et smaragdos et hyacinthos aptare, sed ea ornamenta regia

[16]) Tacit. Germ. 18.

[17]) Speculi Saxon. lib. I. art. 51 § 4 et I, 63 § 1. II, 72 § 2. III, 29 § 1.

[18]) Gai. L. 2 D. rer. am. 25, 2). L. 14 § 1 D. de sol. matr. (24, 3).

[19]) L. 1 § 8 D. de off. praef. urbi (1, 12).

[20]) L. 3 C. Th. ne praeter crim. mai. (9, 6). L. 20 C. qui acc. non possunt (9, 1). Decretum Gratiani c. 4 C. III qu. 11. Ivonis Carnotensis Decr. XVI, 61. Basil. LX. 34. 42. Schol. k. l. (Tom. VII p. 582).

[21]) L. 7 § 2 D. ad legem Iul. mai. (48, 4). L. 3 C. Th. cit.

nonnisi intra aulam ab artificibus palatinis fierent[22]). quam legem quo iure Holoander et Russardus Iustino attribuerint et Leoni abiudicaverint, iam libelli beneficio clarius perspicere licet.

II.

Secundo loco ne maturius, neve tardius, sed suo tempore actiones instituantur tribus capitibus provisum est.

Primum enim in articulo 125 fol. 227 v. haec legimus:

'*Si quis alteri mutuam dedit pecuniae summam et ille cautionem dedit sex mensium die* (προθεσμίᾳ) *se redditurum esse, creditori haud licet debitum ante diem exigere. Sin* (quodsi) *ante diem exigere audet, sorte privatur*'.

unde intellegitur quo tempore Constantini Theodosii et Leonis leges collectae sunt, Zenonis legem nondum datam fuisse. nam post hanc legem eo tantum damno coercebantur praematurius petentes, ut alterum tantum tempus expectare iuberentur, ut medio tempore usuras non acciperent, denique ut impensas prioris conventionis adversariis restituere deberent. nec refert ante diem quis an ante condicionem egerit, cum praesertim ibi ne existat quidem obligatio, adeo ut indebite solutum esse et condici posse videatur[23]). nam et Iustinianus in institutionibus tempore plus peti sic definit 'si quis ante diem vel ante condicionem petierit'[24]). contra vetere iure, quod nondum est, inutiliter quidem peti, verum tamen consumi non videbatur, sed etsi ante expletam condicionem petitum esset, tamen, postquam condicio exstiterit, nihilo secius rursus peti poterat, non obstante exceptione quod de re semel actum iudicatumve sit, quoniam scilicet antea nulla res fuisse existimabatur[25]).

[22]) Cod. Iust. 11, 11 (12).

[23]) L. 16—18 D. de cond. ind. (12, 6).

[24]) § 32 I. de act. (41, 6).

[25]) L. 36 D. de solut. (46, 3) L. 13 § 5 D. de pign. (20, 1) L. 43 § 9 D. de aed. ed. (21, 1). quos locos cum Schraderus ad § 33 I. de act. (4, 6) ita accepisset quasi actor ab actione destitisset, iam rectius Krüger Ztschr. für R. G. VII, p. 235 sic interpretatur, ut idem obtinere putet etiamsi egerit. cf. L. 36 D. de R. C. (12, 1) L. un. § 4 D. quando dies usufr. (7, 3). idem tamen quod hoc posito universum consumptionis locum confectum esse putat (p. 237), nimium contendisse videtur. nam etsi

Praeterea Zenonis lege totus locus ad poenas calumniae et temere litigantium revocari videtur, unde et tutoris curatorisve culpa excipitur et ipsius domini ignorantia excusatur: cum vetere iure satis visum esset de eadem re semel inter eosdem actum iudicatumve fuisse, usque adeo, ut vel tutore curatoreve agente pupillus totam rem perderet, neque ullo modo, postquam dies venisset, rursus agere posset[26]). — Quodsi qui tempore plus petierint litis damno ex legibus Constantini coercentur, multo magis dicendum erit re loco causa plus petendo rem amitti. quae coniectura eo confirmari videtur quod eodem tempore in occidente plus petendi periculum ad veterem regulam existimatum esse constat. eius rei testis est Eucherius Lugdunensis episcopus, qui homilia XI de paschate 'nam *sicut in negotiis gerendis*, inquit, *quatuor modis plus petendo subire periculum pro iuris ratione perhibetur. quibus quatuor? id est loco, tempore, genere, quantitate. loco, si alibi forte sibi debitum improbus fenerator extorserit, quam ubi cautio designabat; tempore, si citius; quantitate, si amplius petierit; genere, si alterius rei, ac melioris materiae mercem, quam scriptura continebat, exegerit*'[27]). Idem significat Caesarius Arelatensis de paschate homilia 5 haec proferens: '*quid agat*, inquit, *inter haec familiae persuasor alienae? videt servos suos quondam suos iureque per agnitionem Christi ingenuitati traditos et se causae praeiudicio cecidisse et se plus petendi incurrisse discrimen .... si quidem, cum ei homo per peccati obedientiam deberetur, ille Deum, specie hominis deceptus appetit*'[28]). Denique Cassiodorus ad psalmum 38 de eis,

in incertis actionibus ne tempore quidem plus peti videtur, quoniam tamen de tota stipulatione non plures actiones, ut in annuis legatis, sed una solummodo actio proponi videtur, necesse est eum, qui hac ipsa semel egerit, futuras etiam praestationes consumpsisse. recte igitur fecit praetor, quod solam hanc ex stipulatu formulam in ipso edicto post divisoria iudicia (Paul. sent. 1, 20) cum illa praescriptione proposuit 'ea res agatur, cuius rei dies fuit' (Gai. 4, 136. 138), ne scilicet omne omnino quod 'ob eam rem', id est quod ideo, quia incertum actor stipulatus sit, praesens in diemve dari oporteat, in iudicium deduci videretur.

[26]) Gai. 4, 123. Papin. L. 118 § 1 D. de V. O. (45, 1) Dioclet. et Max. in Consult. c. 5 § 6. Oratorum rhetorumque testimonia collegit Schrader ad § 33 I. de act. (4, 6). De re cf. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. § 87 not. 9—12 § 152 not. 20.

[27]) Maxima bibl. patrum. Lugd. 1677 Tom. VI p. 643 B.

[28]) Magna bibl. patrum. Paris. 1654 Tom. II p. 275.

qui tempore plus petunt, sic loquitur: '*pollicita suis temporibus exspectemus, ne, dum volumus promissa festinantius exigere, causae videamur amissione multari*'. quorum testimoniis accedit frequens editionis artissimo vinculo cum plus petendi periculo coniunctae in legibus saeculi quinti et sexti ineuntis commemoratio[29]). nam ut Diocletianus et Maximianus imperatores rescripserunt '*quotiescumque ordinatis actionibus aliquid petitur, ideo cogitur specialiter genus litis edere ne plus debito aut eo quod competit, postuletur*'. unde '*specialiter designari debet petitionis summa vel quantitas cum genus litis editur. si quis igitur plus eo quod ei competit vel debetur, petierit, rem at causam de qua agitur perdit*'[30]).

Ceterum Zenonis lege non solum plus petendi periculum, sed etiam minus petendi incommodum imminutum esse constat. postquam enim litis dividuae exceptio[31]) sublatis ordinariis iudiciis in desuetudinem abierat et reliquae partis petendae libera potestas facta erat, non abs re visum fuit iam permitti iudici ut in veram quantitatem sententiam ferre possit[32]). sed huius emendationis leges, quibus de agimus, rationem nullam habuerunt.

Atque haec hac tenus de iis qui festinantius agunt. severior est coercitio eorum qui tardius experiuntur. hi enim vel novissimo iure praescriptione excluduntur. capite enim 108 p. 220 r. v. multis verbis expressa haec leguntur:

> '*Constituit beatus rex Theodosius propter causas quae ipsius diebus fuerunt: si* contigerit *fieri posset aliquem alteri pecuniae summam debere, quam hic* per *ante triginta annos non repeteret, viam creditori haud patere ut a debitore repeteret, quia triginta annos elabi sivisset. similiter nec a fideiussore eiusve filiis exigere potest. Attamen hoc excipitur: si alter alteri pignori dedit rem definitam et certam, sive agrum sive aliud quidlibet, nec iterum alio modo oppignerata est res quae creditori pignori data erat, nec vendita est, nec dono data, nec in dote(m), nec* alio quo *cuiquam modo dominum*

[29]) Nov. Valent. III 34 de episcopali iudicio § 14. Consultatio veteris iurisconsulti c. 5 § 2—7. Lex Rom. Burgund. XI de commotione litium.

[30]) Ex corpore Hermogeniani de calumniatoribus et plus petendo consult. 5, 7.

[31]) Gai. 4, 122.

[32]) L. 1 § 3 C. de plus pet. (3, 10).

mutavit, seu res pignori data definita est, sive omnia omnino quae viro (bona debitoris) *sunt pignori data sunt, nec dominum mutarunt, etsi chirographum eius triginta annos superavit, creditori licet pignus sibi datum pro debito apprehendere. Sin* (quodsi) *pignus quocunque modo dominum mutavit, non licet creditori, cuius chirographum triginta annos superavit, etiam pignus sibi oppigneratum apprehendere, quoniam de omni re de qua* (cuius petitionem) *petendi rationem habet, nisi ante triginta annos de ea statutum est, post triginta annos omnis actio irrita est, id est omnis aditus ad eam de quacunque causa seu hereditatis seu iuris petendi seu bonorum communionis seu aedificii spoliati seu finium agrorum seu de nummis pro irrigatione per hortos distribuenda seu aqua de aquaeductu (ἀγωγῇ) per urbem in singulorum domos effusa. Si forte ille nummos suos ultra triginta annos negligit, irrita est omnis actio (ἀγωγὴ) ab eo instituenda, nec* (experiri) *postulare potest, quoniam ita leges praecipiunt*'.

Notissimam Theodosii legem anno 424 datam (L. un. C. Th. de act. certo tempore finiendis (4, 14) = L. 3 C. de praescr. XXX 7, 39) de Theodosiano codice proferri indicat commemoratio causarum '*quae ipsius (Theodosii) diebus fuerunt*', quibus verbis §§ 4 et 5 significari videntur, quae absunt a codice Iustiniani[33]). Quadraginta annorum praescriptionis

[33]) § 4 'Annorum autem curricula ita numerari conveniet, ut et illa in demensionem tempora reducantur, quae ante nostrae mansuetudinis sanctionem iugi taciturnitate fluxerunt. § 5. Verum ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur, ei, qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat, decem post hanc legem annorum spatia continua superioribus addi praecipimus, ut, si quidem ante sanctionem hac lege praefinitos annos decurrisse patuerit, praeter ea tempora, quae manarunt, decem actori annorum spatia prorogentur, ita ut tempus illi hoc continuum ex legis tempore numeretur. Quod si decem illi anni superesse videbuntur aut amplius, ulterius eum nihil desiderare conveniet, sed proprio lapsu temporis decurrente ad triginta usque consummationem debere suo spatio esse contentum: sin annos quidem restare non dubium est, sed infra decem eorum intervalla concludi, nihilominus etiam sic eum spatium tantum oportebit accipere, ut decem integer numerus compleatur; post quem hac definitione nulli movendi ulterius facultatem patere censuimus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.' Quae omnia, ut nimis artificiosa, ita ad tempus tantum praescripta esse nemo non videt. unde Iustinianus post § 3 nonnisi haec adiecit: 'Post hanc vero temporis definitionem nulli mo-

hypothecariae actioni opponendae nulla mentio fit. nec fieri potuit, quoniam Anastasii demum et Iustini constitutionibus a. 491 et 525 datis huius modi defensionem institutam esse constat[34]). Contra artiore tempore excluditur actio, cuius capite 37 p. 206^{r} (Land p. 139) mentio inicitur his verbis:

> '*Quaenam* potestas *vis sit* eius *in eductione* actionis *(actione) quae ἑκατοστὸν vocatur quaeritur. ad unum annum usque querentibus, licet de ea causa quae scripta est, oportet illum iudicem adire antequam annus completus est de ea re de qua conquestus est et γνώμην suam ostendere. donec completi sunt quinque anni in ea re pergit. sin de re tacet et quinque anni praetereunt,* agi *postulari nequit. sin militat seu annis viginti quinque minor est, rem* petere *postulare potest, quoniam Romanus (sc. miles) est et forte in bello versatur vel in terra longe remota, aut si puer, quoniam vir adultus non est*'.

Quid sit ἑκατοστόν Landius ignorare se fatetur. mihi dubium non est '*illum iudicem*' quem adire necesse sit ad centumvirale iudicium[35]) referendum esse, '*causam quae scripta est*' ad causam exheredationis testamento expressam spectare, '*annum*' ad bonorum possessionem litis ordinandae gratia intra annum liberis ac parentibus agnoscendam trahi debere[36]), denique '*quinque annos*' ad praescriptionem pertinere qua inofficiosi querelam excludi notissimum est[37]). Aetatis et militiae excusatio ex legibus Valeriani et Gallieni nec non Theodosii descendere videtur[38]).

III.

De *temporibus denuntiationum et reparationibus eorum, item de dilationibus* articulis 75 et 76 fol. 210^{r} haec praecipiuntur:

vendi ulterius facultatem competere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.'

[34]) L. 47 C. de praescr. XXX (7, 39). cf. Unterholzner Verjährung I § 19. Savigny System V p. 277 not. *i. k.*

[35]) L. 10 pr. L. 17 L. 29 § 4 D. de inoff. test. (5, 2).

[36]) L. 6 § 1 L. 7 pr. L. 8 pr. D. eodem L. 1. 2 C. eodem.

[37]) L. 8 § 17 L. 9 D. eodem (Hermog.). L. 16 C. eodem (Valerian. et Gallien.). L. 5 C. Th. eodem (Gratian. Valent. Theod.). L. 35 § 2 C. I. eodem (Iustinian.).

[38]) L. 16 C. cit. L. un. § 2. C. Th. de act. certo tempore fin. (4, 14) Sav. System III p. 421. 425. VII p. 157 n. *e.*

'*Quaeritur quamdiu post παραγγελίαν* (postulare possit) *exspectandum sit donec fiat lis et quae sit causarum ratio et* (ex quo) *quamdiu post παραγγελίαν oblatam earum initium fiat? cum παραγγελία missa est quatuor menses elabi oportet, nisi inter eos invenitur mensis vacuus sc. Tamûz (Iulius) aut Tesrî I (October). demuntur* (excidunt) *enim menses illi vacui e numero quatuor mensium. Iulius est* (id est) *Tamûz.*

Sunt autem tempora quae legibus dantur menses tres et sex et post eos novem propter rationes (instrumenta)*, quae a iudicibus requiruntur propter debita describenda, et testimonia, quando testes a provincia remoti sunt. Et si incola est in potestate τοῦ ἡγεμόνος seu praesidis provinciae, tres menses dantur προθεσμίας* (διαπαντός)*, quae dies posita vocatur*'.

Fol. 210 v. '*Quaeritur quid facere oporteat eum, cuius actio προθεσμίας ergo instituta sit? quando dies constitutus adest, oportet eum qui in ius* (vocat) *vocatur adversario παραγγελίαν mittere et post παραγγελίαν menses quatuor exspectare. quando autem lis eorum* (ad) *apud iudicem* (non) *venit, irrita fit actio petitori, qui litem primus instituit, ac denuo adversarium in ius vocat. sin* (quodsi) *eius fraude actio προθεσμίας ergo bis irrita fit, ut prima vice facta est, ipse causa cadit, nec* (ulla re) *quidquam ei est cum adversario, quia actionem bis irritam fecit. verum tertia vice leges irritam facere haud sinunt. haec autem lex de hisce δίκαις, quae propter προθεσμίαν dicuntur coram iudice posita est*'.

His duobus capitibus duas res maxime memorabiles docemur: alteram adhuc incertam, alteram saltem addubitatam.

Nam 'commodum illud denuntiandae litis opperiendaeque ad diem' tempus, quod imperator Marcus Aurelius, 'vadimoniorum sollemni remoto', instituisse dicitur[39]), *quadrimestre fuisse*, nunc demum disertis harum legum verbis compertum habemus, cum antea id solum constaret, non minus tempus indultum esse potuisse, quam reparationis, quae et ipsa quattuor mensium est[40]).

[39]) Aur. Victor. de Caes. c. 16. Wieding Libellproceſs 37 p. 556 seqq. Idem appellationis et potiorum nominationis tempora ordinavit L. 1 § 7 D. quando app. (49, 4). Fragm. Vat. 210. Wieding Libellproc. p. 593.

[40]) Nov. Val. III 34 § 14. Bethmann-Hollweg Civ. Pr. III p. 341 not. 42.

Deinde vero quattuor mensium die *initium, non finem* litis demonstrari, (perpaucis tantummodo causis iure quodam singulari[41]) exceptis) nunc novo testimonio comprobatur. qua de re novissime etiam dubitatum est, quamquam iam antea compertum erat, Valentinianum tertium illo tempore 'quo intra quatuor menses institutas (actor) *peragat* actiones[42])' neutiquam totius litis vitam circumscripsisse, quam ea ipsa lege tricennalem esse iusserat[43]).

Cetera in numerato sunt.

Nam ferias messis vindemiarumque ipsa oratione Marci exceptas fuisse, Ulpianum auctorem habebamus[44]).

Diem exspectandum esse in his actionibus quae '*προθεσμίας* ergo' instituuntur nec antea denuntiationem fieri oportere propter retentum plus petendi periculum necesse erat. qua de re supra secundo articulo satis dictum est.

Quod de temporum cursu, de reparationibus denuntiationum et de secundo lapsu profertur e lege Constantini anno 316 Viennae data sumptum esse nemo non videt[45]).

Denique dilationes, sive trium sive sex sive novem mensium, etsi inter medias denuntiationes commemorantur, tamen non denuntiationis tempus spectant, sed instrumentorum testiumve conquirendorum causa

[41]) Inter quae sunt 1. doli actio et in integrum restitutio L. 1 C. Th. de dolo malo (2, 15). — L. 2 C. Th. de int. (2, 16). 2. fiscales causae L. 3 C. Th. de dilat. (2, 7). L. 3 C. Th. de adv. fisci (10, 15). Bethmann-Hollweg l. c. pag. 237 not. 15. pag. 195 not. 46. 47.

[42]) Verba sunt novellae legis Valentiniani III 34 (a. 452) § 14.

[43]) Nov. Val. III 34 cit. § 13 (Edictum Theodorici cap. 12). 'Sane sicut *non* coeptam intra tricennium quamlibet causam vetuimus inchoari, ita quae contestatae litis sumpsit exordium — intra eadem tempora terminetur.' Accedit, quod etiam in appellationibus fatales dies eandem potestatem habent: Cod. Theod. XI 31 de reparationibus appellationum. 32 de secundo lapsu. Bethm.-Hollw. Civ. Pr. III p. 330. 331.

[44]) Ulp. lib. 4 de omnibus tribunalibus L. 1 pr. D. de fer. (2, 12).

[45]) L. 1 C. Th. de temporum cursu et reparationibus denuntiationum (2, 6). 'Cum semel negotium vel necessitate vel cum temporibus fuerit exemtum, ac postea per indulgentiam clementiae nostrae redintegratio praestetur, intra quatuor menses iudicantis arbitrium litigatoribus praeberi oportet, etiam si per obreptionem aliquid a nobis iterata supplicatione meruerint.' Dat. pridie Non. Maii, Viennae, Sabino et Rufino coss. (316).

conceduntur, neque actori dantur qui instructus esse et potuit et debuit ante quam litem moveat[46]), sed ei unde petitur. quod ius venit ex legibus partim Diocletiani[47]) partim Constantini, quae leges in codicibus, quibus libelli de quo agimus scriptorem usum esse apparet, Gregoriano inquam et Theodosiano, cum denuntiatonibus compositae fuerant[48]).

De una re quaeri potest: quid sit *προθεσμία* quae *διαπαντός* vocatur, quod verbum Roedigerus ex auctoritate codicum manuscriptorum Landiani illius 'dies posita' loco reposuit. sed mihi dubium non videtur quin *προθεσμία διαπαντὸς* (*ἡμέρα*) tempus significet quod unum pro omnibus praestitutum ideoque peremtorium sit. quae significatio quamquam in dilationibus instrumentorum causa dandis alias non commemoratur, ex ordine tamen edictorum, qualis adversus contumaces observari solet, notissima est. (L. 68 D. de iudiciis 5, 1).

IIII.

De *testibus* fol. 219 capite 107 haec definita sunt:

'*Si cui cum altero lis est nec inter eos documentum exstat de re componenda, sed alterutra pars testes se habere contendat, testes non admittunt leges, nisi sint duo vel tres viri fide digni, ingenui, qui rerum turpium, veluti furti, latrocinii, magicarum* (oblaratione) *artium aut similium rerum convicti non sint, neque ἐξωμοσία utantur; nec sint illius cognati nec familiares, nec commercium mercatorium cum eo habeant, sed homines sint* (non suspecti) *ingenui. hos leges admittunt ut testes sint de omni re quam noverint, dum compre-*

[46]) Constantin. L. 1 C. Th. de dilat. (2, 7) cf. Gai. lib. 9 ad ed. L. 42 D. de R. I. (50, 17). Bethm.-Hollw. III p. 194.

[47]) L. 1 C. I de dilat. (3, 11). Repetita a Gratiano can. 4 Causa 3 qu. 3.

[48]) Cod. Theod. 2, 3 de omissa actionis impetratione. 4. de denuntiatione rel. 5. de domin[i]o rei -- vel consortibus ab eo cui denuntiatum fuerit, postulandis. 6. de temporum cursu et reparationibus denuntiationum. 7. de dilationibus. 8. de feriis. In Iustiniani codice totus denuntiationum locus omissus est eiusque vice hi tituli positi sunt: 3, 6 qui legitimam personam [standi] in iudiciis habeant vel non. 7. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. 8. de ordine iudiciorum. 9. de litis contestatione. 10. de plus petitionibus. quos titulos maxime rescriptis e Gregoriano sumptis effectos esse manifestum est.

hendant Dei leges gloriosas et venerandas et iurent 'se secundum veritatem testimonia dare'. tales homines lex, ut testes sint, admittit, quando visi sunt adulti, eos dico qui plus quam viginti quinque annos nati sunt. Ubi vero res inter eos qui litem habent ante multum tempus initium cepit, rogantur testes, quos actor produxit, quot annos nati sint tunc cum testimonium edituri sunt coram causae auditoribus, et tempus illud, de quo litis ergo interrogantur, quamdiu sit. et si invenitur testes illo tempore adultos fuisse, id est sc. viginti quinque annis natu maiores, eorum testimonium admittitur. sin computatur eorum annos viginti quinque pauciores fuisse, recusatur eorum testimonium'.

Numerum testium ad 'legem Christianam' definiri manifestum est[49]). nam quod Ulpianus libro 37 ad edictum ait 'ubi numerus testium non adicitur, etiam duos sufficere', ad furta coram testibus quaerenda pertinere ex ipsa inscriptione cognoscitur[50]). Constantinus quidem obiter, ne unius testimonium facile admittatur praecepit[51]): verum quot sufficere putet, non expressit. Sane iurisiurandi necessitatem ex Constantini lege descendere verissimum est[52]).

De fide testium notandum videtur quod de ἐξωμοσίᾳ dictum est. Pertinet ad eum qui sciens dolo malo in iure creditum abiuravit[53]), nisi eum intellegendum esse dixeris qui cum eo, cui furtum fecit, iureiurando sed falso interposito, depectus sit, quod tamen ideo difficilius dicetur, quia quodam modo innocentiam suam probavit et sufficere videtur periurii poena[54]).

[49]) Deut. 17, 6. Ev. Matth. 18, 16. Ev. Ioann. 8, 17. II Cor. 13, 1. Hebr. 10, 28. I Tim. 5, 19.

[50]) L. 12 D. de testib. (22, 5).

[51]) L. 3 pr. C. Th. de fide testium (11, 39) = L. 9 § 1 C. Iust. de testibus (4, 20).

[52]) L. 3 pr. C. Th. L. 9 pr. C. I. cit. (a. 334). haec postea repetunt: 1. Lex Romana canonice compta c. 226. 2. Collectio Anselmo dedicata p. VII c. 39. 3. Decret. Gratiani c. 3 § 37. 38 C. IV qu. 2.

[53]) Lex Iulia mun. v. 113 (Corp. inscr. lat. I 122) 'queive iniure *abiuravit* abiuraverit', ubi Mommsenus praeter necessitatem '*bonam copiam*' adiecisse videtur. Isidor. 5, 26. 20 'abiuratio est rei creditae abnegatio.'

[54]) L. 6 § 4 D. de his qui not. (3, 2). L. 21. 22 D. de dolo malo (4, 3).

Quod de examine testium adicitur, etsi nihil novi suppeditat, confirmat tamen formam ante Iustinianum usitatam[55]). unde observatione non plane indignum videtur.

V.

De *executione et contumacia* capite 97 fol. 217 haec proferuntur:

'*Si quis alteri pecuniam* (δαρεικοὺς nominat scriptor libelli, Darii memoriam referentes) *mutuam dedit, nec pignus cepit, nec* (accepit) *documentum fecit* (χάρτας) *quo de debito confessio fieret, sed cum fide* (πίστει) *tantum ei dat, non licet creditori e debitoris fundis* (chirographum) (praediis) *vel opibus pignus capere, quoniam debitor nullum ei pignus dedit, sed iubent leges creditorem quodquod pignus ceperit reddere. ad debitorem ter regrediatur. deinde patet via creditori quantum ei debetur exigendi*'.

Hoc caput primum eo nomine notari meretur, quod instrumenta quae medio aevo confessata sive guarentigiata dicebantur et quorum eodem aevo frequentissimus usus erat, iam quinto saeculo atque in partibus orientalibus paratam executionem habuisse comperimus.

Deinde observandum est quemadmodum decretum divi Marci (L. 13 D quod metus causa [4, 2], L. 7 D ad legem Iuliam de vi privata 47, 7) ad praesentem statum accommodetur. neque enim inconsulto factum esse dixerim quod pignoris non ab ipso debitore dati sed sua auctoritate capti possessionem tantum restituere creditor iubetur, contra iuris crediti amittendi ne verbo quidem commemoratio fit. sed rem inde explicandam puto, quod orientalium provinciarum pacatior quam occidentalium status fuit, in quibus labente dissolutoque imperio severissimis adversus invasores legibus opus esse videbatur[56]). nec movet quod et Zeno et Iustinianus de invasoribus et pigneratoribus leges proposuerunt[57]). hae enim quae pridem statuta fuerunt ad certas tantum species, veluti rei conductae retentionem, accommodant.

[55]) Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. III p. 277.

[56]) Nov. Val. III 8, 1. 2 (a. 440. 441). Edictum Theodorici art. 10. Lex Rom. Burg. 8 de violentiis. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. III p. 328.

[57]) L. 34. C. de locato 4, 65. Nov. 52 c. 1. Nov. 134 c. 7.

Denique observatione indignum non est quod de trina conventione adicitur. quo loco illud quidem statim manifestum fit, non id genus notari denuntiationis, quo uti oporteat, si convenerit ut pignus fiduciamve vendere non liceat[58]). neque enim de eiusmodi conventione hic agitur. sed apparet 'viam quantum creditori debeatur exigendi' tritam illam esse, qua ordine sive denuntiationum sive litterarum edictorumve observato adversus contumaces proceditur[59]). nec obici potest, quod hae denuntiationes ter atque per intervalla non minus decem dierum fieri debent[60]), cum superiore articulo de quadrimestri spatio et una reparatione relatum sit. hoc enim spatium ad illud denuntiationis genus spectat, quod veteri in ius vocationi successit quoque cives inter se antiquitus suo iure utebantur. contra ordo edictorum, qualis in contumaces exerceri solet, descendit ex evocatione, quae maioribus magistratibus pro potestate concessa erat[61]). unde ab initio quidem ad eas causas restrictus erat in quibus ipsis magistratibus pro potestate decernere, statuere, pronuntiareve permissum erat, ut in fideicommissorum persecutionibus[62]), in caducis[63]) et similibus. postea vero oratione Marci, qua de finibus litium agitur, etiam in contumaces dictae sententiae auctoritas rei iudicatae in omnibus causis tributa est[64]). quo ex tempore edictorum ordo et cum remediis praetoriis,

[58]) L. 4 D. de pign. act. (13, 7). L. 7 § 2 D. de distr. pign. (20, 5). Paul. sent. 2, 5 § 1. 2, 13 § 5. L. 73 D. de furt. (47, 2). Dernburg, Pfandrecht II p. 125. 142. quibus nunc accedit tabella fiduciae ahenea summi pretii, ad ostia Baetis nuper inventa, qua rerum mancipi vendendarum forma mirifice illustratur.

[59]) L. 68—76 D. de iud. (5, 1). Paul. sent. 5. 5ª § 7. L. 10 C. de pign. (8, 14). L. 8 C. quomodo et quando (7, 43). Bethm.-Hollw., Civ. Pr. II § 122 p. 773—778.

[60]) Alia tempora, sed mutato demum rerum statu, observari iubent Consult. VI § 2. Lex Rom. Burg. XI. Iustinianus contra ubique triginta dierum spatia observat. L. 13 § 3 C. de iud. (3, 1). cf. Nov. 112 c. 3. nam viginti dies (Nov. 53 c. 3. Nov. 80 c. 10. Nov. 96 c. 2 § 1) non ad contumaciae speciem pertinent, sed ad reum qui ius picenti obtemperaverit. Bethm.-Hollw. Civ. Pr. III p. 253 not. 57.

[61]) Gell. noct. Att. 13, 12. 6.

[62]) Ex Rubriano senatus consulto Traiani temporibus facto L. 26 § 7—9 D. de fid. lib. (40, 5). Observandum est etiam Iulianum libro 36 digestorum L. 75 D. de iudiciis (5, 1) nonnisi de fideicommissis loqui, de quibus etiam Ulpianus L. 59 D. de re iud. (42, 1) commodissime accipi potest.

[63]) Ex Iuventiano Scto. sub Hadriano facto L. 20 § 6 D. de her. pet. (5, 3).

[64]) L. 56 D. de re iud. (42, 1). L. 1 pr. D. de feriis (2, 12). unde apud Paulum sent. 5, 5ª § 7 trina denuntiatio finibus litium ultimo loco adicitur.

Nec mirari oportet in eam rem non a reo, sed ab actore tantum remedio repromissionis initio postulatae decimam peti posse[73]). nam reus sponsione iudicioque tertiae dimidiaeve partis victus post legem Siliam interdum certe longe severiorem coercitionem sentiebat[74]). nam si quis forte Ulpiano praeeunte dixerit 'non debere actori licere, quod reo non permittitur[75])', ideoque actorem restipulatione interposita plane eandem poenam subire[76]), non ineleganter respondebitur graviorem etiam infitiationis poenam ei unde petitur saltem in quibusdam causis praestitutam esse[77]).

Denique nec illud me movet quominus decimae originem ex antiquissimo iure victoris repetam, quod calumnia magis actoris puniri quam victoriae praemium ei unde petitur exsolvi videtur. nam adfectus rationem emendandae iniquitatis causa edicto demum praetoris adiectam esse puto, quo et ipso in his poenis alia pleraque innovata esse dubium non est[78]). iniquum enim praetori visum fuit ultra dolum actorem obligari et ubi periculum iudicii nullum praestet, ibidem cum periculo decimae agere. id vero antiquitus non obtinuisse argumento est, quod contrarium iudicium adversus iniuriarum actionem, quam ex antiquissimo iure et ipsam descendere nemo ambigit, omnimodo datur si actor causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere[79]).

Quae omnia si non sine ratione a nobis disputata sunt, iam nullo labore perspicitur quare in legibus Iustiniani calumniae et contrarium

[73]) Diocl. et Max. Cod. Hermog. 5, 3 ed. Haenel. ex consult. 6, 13. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. II p. 536 not. 49.

[74]) Lex Rubr. c. 21 v. 7. cf. v. 35. Gai. 4. 171.

[75]) Ulp. lib. 26 ad edictum (sub titulo de rebus creditis) L. 41 D. de R. I. (50, 17).

[76]) Gai. 4, 180. Gell. N. A. 14, 2 § 8.

[77]) Cic. pro Flacco 21. Gai. 3, 127. 216. 282. 4, 171. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. II § 104 p. 537 not. 55 — 62.

[78]) Quo in numero est, quod feminis pupillisque propter forensium rerum ignorantiam vel intellectum adfectumve deficientem poena sponsionis remitti solet (Gai. 4, 172), quod contrarium iudicium (fere ut παραχαταβολή apud Graecos) certis eisque gravioribus ex causis partis quintae datur (Gai. 4, 177. Bethmann-Hollweg II p. 537 not. 54). quacum comparare licet quintas et sextas quae in arbitrio rei uxoriae retinentur.

[79]) Gai. 4, 178. 180. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. II p. 533 not. 38. p. 534 n. 39. Ihering, das Schuldmoment (1867) p. 10. 46.

iudicium cum sponsionibus et restipulationibus defecerit, infititiationis vero poena prorsus immutata sit. quamquam enim calumniae actio et decimae restipulatio, ut ex consultatione veteris iureconsulti[80]) intellegitur, quinto saeculo in partibus occidentalibus nondum prorsus consopita, quin etiam in provinciis orientalibus Zenonis constitutione in quoddam supplementum expensarum transformata erat[81]), tamen Iustinianus calumniae decimae partis iudicio quemquam condemnatum vidisse se negat[82]) neque ex toto loco, quo Gaius temere litigantium poenas exposuerat, quidquam sive in institutiones transtulit sive legibus in constitutionum codice positis excoluit praeter unum illud calumniae iusiurandum[83]), quod quodammodo vetustissimae contestandae litis sollennitati, qualis prisco iure feciali recepta erat[84]), substituisse eum putaveris. quamquam Iustinianus 'suarum legum et auctor idem et eversor', quam in institutionibus antiquaverat, eandem decimam litium cum remedio repromissionis novella lege in usum revocavit[85]).

Quid quod decimae litium etiam per medium aevum a iudicibus saecularibus praeter expensas exigebantur? nam in regno Francorum misso regis 'decima illius litis sumptus'[86]) sive 'decimum mancipium et decima virga hereditatis' debebatur[87]). Item Bononiae decima pars et alicubi vigesima solvebatur[88]). Denique Pillius, Tancredus, Guilelmus Durantis, Ioannes Andreae, Bartolus pignora et fideiussores commemorant propter expensas — et propter decimas litis quos iudices saeculares

[80]) Consult. VI, 2. 13. 20. 21.

[81]) L. 5 C. de fruct. et litium expensis (7, 51).

[82]) § 1 I. de poena temere litig. (4, 16) Aram maximam post Eugenium devictum (p. C. 394) derelictam esse verisimile est, licet et aedicula et statua conservatae sint. cf. praeclarum de ara maxima commentarium G. B. de Rossi l'Ara massima e il Tempio d'Ercole nel Foro boario. Annali dell' inst. XXVI (1854) p. 28 sq.

[83]) Cod. 2, 59 de iureiurando propter calumniam. L. 14 § 1 C. de iudiciis (3, 1) Nov. 49 c. 3. Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. III p. 233 not. 27.

[84]) Liv. 1, 32.

[85]) Nov. 112 c. 2 pr.

[86]) Marculfi monachi formularum l. I n. 20 ed. Hier. Bignon Paris 1565 p. 29 'de divisione ubi Regis accesserit missus.' cf. Hieronymi Bignonii notae p. 280. 281.

[87]) Constitutio Caroli magni cap. 7.

[88]) Durantis spec. lib. I part. 4 tit. de salariis § 1 num. 9 ed. Basil. 1574 p. 345, ubi tamen Ioannes Andreae adnotat: 'hodie sublata, nec olim exigebatur nisi cum forensis agebat.'

secundum diversorum locorum consuetudines accipere consuerunt[89]). quoniam tamen ecclesia, decimarum originis fortasse non immemor, easdem ut iniqua munera et turpia lucra improbabat[90]), effectum est, ut decimae ex ecclesiasticis iudiciis prorsus removerentur iudicesque ecclesiasto reditu et expensis contenti esse iuberentur. unde Durantis[91]) 'notandum inquit, quod licet praelati ecclesiarum huius modi decimam vel aliam litis partem non possint accipere . . . tamen expensas moderatas et pro eis pignora recipere possunt'.

Enimvero istae decimae iudici solvuntur, non ei unde petitur, item ex consuetudine descendunt, non ex legibus Iustiniani. nam Tancredus 'sed licet iura[92]), inquit, cautiones has praecipiant offerri, temporibus tamen usu eas praestari non vidimus. et audivi dominum Azonem dicentem quod supradictae cautiones locum non habent consuetudine praevalente[93]).'

Atqui (iam ut ad leges Constantini, Theodosii et Leonis revertamur) si decimae et calumniae iudicia defecerunt, cur sumptuum et expensarum nulla mentio fit, quos novissimo quoque iure victus victori inferre iubetur[94])? dixerit aliquis illo tempore nonnisi speciales Theodosii et Leonis[95]) leges fuisse, communem Zenonis constitutionem[96]) postea demum propositam esse. sed commodius responderi posse puto libellum, de quo agimus, episcopali audientiae destinatum fuisse, qua negotio ex non scripto ideoque sine damno examinabantur[97]).

[89]) Pillius de ord. iud. p. 5. Tancred. p. 173 ed. Bergmann (1842). Durantis spec. iuris lib. II part. 1 de satisdationibus ed. Basil. 1574 p. 534.

[90]) cap. Cum ab omni 10 X de vita et hon. clericorum (3, 10). Innocentius III praelatis et clericis Lombardiae a. 1210. Roma in Lombardiam.

[91]) Durantis spec. II 1 p. 584.

[92]) Nov. 112 c. 2 pr.

[93]) Tancred. de ord. iud. p. 175. 176. Bartolus de ord. iud. p. 23 ed. Martin. p. 23 'cautiones vero quae in Nov. 112 cit. dicuntur, de consuetudine non servantur, nec quae dicuntur in Nov. 96 c. 1. quae res movet, quo minus Stintzingio (Geschichte der populären Literatur des röm. kan. Rechts 1867 p. 114 ff. p. 550. Zeitschrift für R. G. 5, 320. 6, 269) credam, formulas tractatui de actionum varietate adiectas Iustiniani aetati deberi. neque enim satisdationum commemoratio omitti in eis facile potuit.

[94]) Bethmann-Hollweg, Civ. Pr. III p. 232 not. 24. 25. Ed. Theodorici c. 11. 74.

[95]) L. 3 C. de fruct. (7, 51) a. 423. Nov. Theod. 4 § 2 a. 438. L. 33 § 8 C. de episc. et cler. (1, 3) a. 460.

[96]) L. 5 C. de fruct. et tit. exp. (7, 51). — [97]) Nov. 83 praef.

Haec habui, de ordine iudiciorum, qualis exeunte quinto saeculo in orientalibus imperii Romani provinciis exercebatur, remotissimo hausta ex fonte quae TIBI offerrem. sunt paucula illa quidem ac ne arto quidem vinculo inter se coniuncta, sed tamen non reicienda, si quidem consuetudinem, quam, ut dixi, Iustinianus offendit suisque legibus emendare studuit, saltem pro parte aliqua conspectui subiciunt.

Sed munusculo quod desit expleant vota, quae donum comitari iussi.

TU TIBI iuris interpretationem, qua polles, ab adulescentia delegisti honestissimum aliquando senectuti perfugium futuram: utinam ex eadem operosa ingenii mentisque exercitatione vitae simul viriumque subsidium exoriatur, quod ei operi sufficiat quo vitae TUAE quodammodo summa continetur, quodque perfectum iri interest profecto omnium, quibus eruditae iuris doctrinae conservatio curae est.

Vale, VIR PRAESTANTISSIME, mihique favere perge.

Berolini apud Weidmannos (J. Reimer).

Typis Gustavi Schade, Berolinensis.

Loosstäbchen mit Hausmarken.

1

Hiddensee

2

England

3

Peenemünde

4

Börgerende

5

Lunow

6

Overhagen

7

Selow

8

Lodmannshagen